



REVISTA
OAB
MONTES CLAROS

Revista OAB Montes Claros
v. 1, n. 1, 2023

EDITORIAL

Diante das mudanças de ordem social, econômica e política, a ciência jurídica e os operadores do Direito são sempre provocados a buscar vias efetivas para resolução dos dilemas interpessoais e o alcance da ordem entre os indivíduos. No momento atual, não seria diferente. Desafios (novos ou antigos) que atualmente perduram em diversas áreas da sociedade exigem respostas eficazes do campo jurídico. Mais do que isso, demandam que o Direito seja repensado, pois, se a sociedade evolui, o ordenamento jurídico deve evoluir com ela. É nesse cenário que se observa a importância de bons operadores do Direito, mas também de competentes “cientistas do Direito”, pessoas capacitadas para criar teses, criticar normas, discutir divergências doutrinárias e, assim, contribuir para uma área jurídica mais crítica e consciente das demandas sociais contemporâneas.

Buscando os notáveis benefícios do debate científico na área jurídica, a 11ª Subseção da OAB/MG resolve criar a Revista OAB Montes Claros, inaugurada nesta célebre edição. Trata-se de um periódico de acesso livre e *online*, composto por artigos científicos afetos ao Direito, à grande área das ciências sociais aplicadas e a temáticas tangenciais a essas disciplinas. Procuramos, assim, estimular o debate científico no meio jurídico e em toda sociedade, com especial atenção à classe de advogados da nossa região de Montes Claros, onde nunca existiu periódico científico organizado pela própria advocacia. Aliás, não apenas advogados e advogadas podem aproveitar dos frutos desta revista, mas também estudantes de Direito, professores, pesquisadores e operadores de outras carreiras jurídicas.

Não se pode olvidar que o fim último do Direito é o alcance da justiça. Através das discussões jurídico-científicas aqui presentes, esse axioma é aguçado na consciência de cada autor, cada leitor, cada pessoa (profissional da área ou não) que tiver contato com os debates do presente periódico. E é nesse caminho que o Direito contribui para o desenvolvimento social. Afinal, conforme frase atribuída ao ilustre jurista Rui Barbosa, “não há nada mais relevante para a vida social que a formação do senso de justiça”.

Por fim, esperamos que a Revista OAB Montes Claros, nesta edição e em números posteriores, possa ser um instrumento científico eficaz no fomento de debates frutuosos não apenas entre a nossa classe, mas no seio de toda a sociedade.

HERBERT ALCÂNTARA FERREIRA

Presidente da 11ª Subseção da OAB/MG

EXPEDIENTE

Vínculo Institucional

11ª Subseção da OAB/MG – Montes Claros

Contato

Rua Dr. Walter Ferreira Barreto, 154 – Ibituruna
Montes Claros/MG, 39401-347

revista@oabmontesclaros.org.br

Conselho Editorial

Eluiz Antônio Ribeiro Mendes e Bispo
<http://lattes.cnpq.br/3517231630202762>

Heidy Cristina Boaventura Siqueira
<http://lattes.cnpq.br/9480423427512713>

Herbert Alcântara Ferreira
<http://lattes.cnpq.br/7100266003015795>

Ionete de Magalhães Souza
<http://lattes.cnpq.br/2645737955850329>

Iuri Simões Mota
<http://lattes.cnpq.br/4943811666214700>

Conselho Avaliador

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves
<https://lattes.cnpq.br/1173877995188455>

Claudiana Aparecida Leal de Araujo
<http://lattes.cnpq.br/8602619786938414>

Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito
<http://lattes.cnpq.br/9856173366358994>

Ionete de Magalhães Souza
<http://lattes.cnpq.br/2645737955850329>

Izabela Alves Drumond Fernandes
<http://lattes.cnpq.br/7099211146859176>

Jairo Farley Almeida Magalhães
<http://lattes.cnpq.br/0058650634526154>

Jonas Veloso Santos
<https://lattes.cnpq.br/4945977760656025>

José Adélcio da Silva Júnior
<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Louise Amorim Beja
<http://lattes.cnpq.br/3433182208171067>

Paulo Thiago Carvalho Soares Ribeiro
<http://lattes.cnpq.br/2045364839945121>

Pedro Henrique Feliciano
<http://lattes.cnpq.br/3849468753935741>

Thais Guimarães Mendes
<http://lattes.cnpq.br/4796819574230885>

Tales Mendes Antunes
<http://lattes.cnpq.br/7560961889846362>



SUMÁRIO

A não incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de pensão alimentícia Vitória Dreide Xavier Araújo Silva; José Adélcio da Silva Júnior	05
Acordo de não persecução penal: análise do marco temporal para a aplicação retroativa do instituto despenalizador da justiça criminal consensual Vitor Luís de Almeida; Yago de Oliveira Almeida	15
Meios adequados de solução de conflitos no direito sucessório: mediação extrajudicial José Adélcio da Silva Júnior; Hanna Ferreira Souza; Jennifer Kethlyn Coelho Santos	35
Fashion law: uma análise da problemática do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda Ana Júlia Saldanha Caldas; José Adélcio da Silva Júnior; Luiz Gustavo Ferreira Duarte; Sarah Letícia Silva Pinheiro	47
A (im)possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal perante os atos administrativos e o princípio da presunção de inocência Carlos Vinnicius Gonçalves Silva; Moisés Bento Lacerda Neto	65
A licitação pública e as alterações trazidas no enfrentamento à pandemia da COVID Jeniffer Karoline Lourenço de Freitas; Thaylla Leão Galdino; Antônio Luiz Nunes Salgado	86
A responsabilidade civil pela divulgação de fake news nos meios eletrônicos Roberta Azevedo Dias; Isabella Lacerda Caires; Anne Vitória Leal Silva; José Adélcio da Silva Júnior	103
A impossibilidade de pronúncia baseada em elementos informativos Carlos Vinnicius Gonçalves Silva; Moisés Bento Lacerda Neto	123
Responsabilidade civil: a tutela do direito à imagem <i>post mortem</i> Ana Vitória Ramos de Oliveira; Francklin Cauê Borges Teixeira; José Adélcio da Silva Júnior; Ruy Gabriel Silva Souza	144
A repercussão da Lei Geral de Proteção de Dados ao Direito do Consumidor Lune Danielle Alves de Oliveira; Rodrigo Leal Teixeira	156

A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

THE NON-INCIDENCE OF INCOME TAX ON AMOUNTS RECEIVED AS CHILD SUPPORT PENSION

Vitória Dreide Xavier Araújo Silva

dreidevitoria@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/3638034320387808>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

RESUMO: O presente estudo versou sobre a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.422 do Supremo Tribunal Federal (STF), que alterou o entendimento a respeito da incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos, a título de pensão alimentícia, viabilizando a não incidência desse imposto sobre essas situações. Resta claro, que a inovação jurisprudencial em comento adveio da indignação quanto à ocorrência do chamado *bis in idem*, ou seja, dupla tributação. Nesse sentido, a decisão buscou por fim as lesões aos direitos fundamentais, que tal previsão possibilitava, principalmente, nas pessoas vulneráveis. O estudo assim analisou o Imposto de Renda (IR) e suas previsões no ordenamento jurídico, mais precisamente a questão do *bis in idem* e a abrangência da decisão, para verificar se tal previsão realmente constituía ou não lesão a esses sujeitos passivos. Para isso, foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório, qualitativo, bibliográfico e documental, que buscou fomentar a discussão sobre esse entendimento jurisprudencial. Portanto, o artigo visou a análise do caso concreto da ADI nº 5.422, enquanto meio de solução do conflito normativo existente.

Palavras-chave: Imposto de Renda. Pensão alimentícia. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present study dealt with the decision of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº 5.422 of the Federal Supreme Court (STF), which changed the understanding regarding the incidence of income tax on the amounts received, as child support pension, enabling the non-incidence of this tax on these situations. It remains clear that the jurisprudential innovation in question came from the indignation regarding the occurrence of the so-called *bis in idem*, that is, double taxation. In this sense, the decision sought to put an end to the damage to fundamental rights, which such a prediction made possible, especially for vulnerable people. The study thus analyzed the Income Tax (IR) and its predictions in the legal system, more precisely the issue of *bis in idem* and the coverage of the decision, to verify whether or not such prediction actually constituted injury to these taxpayers. For this, it was carried out an exploratory, qualitative, bibliographical and documentary research, which sought to encourage discussion about this jurisprudential understanding. Therefore, the article aimed at analyzing the concrete case of ADI nº 5.422, as a means of solving the existing normative conflict.

Keywords: Income Tax. Child support pension. Direct Action of Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Com o auge da sociedade greco-romana, as relações sociais, culturais e econômicas se estimularam tornando necessária a criação de leis, com o intuito de abarcar os atos e fatos jurídicos recorrentes. Nesse sentido, para que houvesse o desenvolvimento dessa sociedade almejada, surgiram os tributos, que eram pagos pelos cidadãos de acordo com o comércio e serviço utilizado, sendo os tributos o principal meio de financiamento do próprio Estado e dos seus serviços prestados a sociedade. Assim, no decorrer da história tornou-se cada vez mais presente a atuação do Direito Tributário, com suas prerrogativas e suas sujeições.

O sistema tributário brasileiro se destaca como um dos mais complexos do mundo, existindo diversas legislações sobre o mesmo tema, o que enseja eventuais equívocos do Estado ao efetivar o recolhimento de seus tributos.

Dentre esses tributos estipulados foi criado o Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR). O IR é o tributo mais importante e com maior arrecadação do sistema tributário, afetando diretamente a renda efetiva da população, bem como a composição das receitas estatais. É a principal fonte de receita tributária da União e por isso possui uma nítida função fiscal, ou seja, de arrecadação (SABBAG, 2017).

No dia 27 de maio de 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 5.422, pelo Relator Dias Toffoli, decidindo com maioria dos votos pelo afastamento da incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos, a título de pensão alimentícia. Nesse ínterim, o presente estudo visa analisar brevemente a previsão sob o aspecto de ocorrência de *bis in idem* na tributação, prática que é vedada. Sendo ainda observado o aspecto da compatibilidade dessa tributação com a matriz constitucional do imposto.

Diante disso, o artigo objetivou compreender a modificação do entendimento jurisprudencial e suas implicações sociais. O presente artigo foi elaborado com uma metodologia dedutiva e predominantemente qualitativa, em que o objeto será explorado e explicado, com o fito de aprofundar o debate sobre o assunto.

Nesse viés, utiliza-se como método de procedimento a técnica de pesquisa bibliográfica, com a utilização de materiais como jurisprudências, legislações e artigos

científicos. Desse modo, busca-se resultados significativos com a análise jurídica, social e histórica do problema.

DO IMPOSTO DE RENDA

O mais comum, conhecido e temido tributo é o Imposto de Renda (IR), cujo fato gerador desse imposto é aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, como fruto do capital ou do trabalho, bem como proventos de qualquer natureza que tragam acréscimos patrimoniais, assim definido no artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Além da previsão no CTN, o IR possui previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988) que prevê que: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: III - renda e proventos de qualquer natureza”. Esse imposto federal é tido como um meio hábil a promover uma adequada redistribuição de renda, sendo inclusive aplicado em percentuais diferentes por faixa de renda, seguindo os princípios da progressividade e capacidade contributiva.

A conceituação constitucional e legal do IR, possui como elemento objetivo e fato gerador a renda e proventos econômicos de “riquezas novas” e de acréscimos patrimoniais. Tal fato é de suma importância na análise do estudo, pois, parte do questionamento quanto à cobrança se inicia justamente do fato de como o fisco considera a pensão alimentícia, seja como “riqueza nova” ou como parte da renda do alimentante já tributada, portanto, não passível de nova cobrança, o que não caracterizaria renda.

Apesar da conceituação e indicação do fato gerador e sua incidência pelo CTN, são grandes, constantes e intermináveis as questões acerca da expressão “disponibilidade econômica e jurídica”, gerando imprecisão tanto quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, como de sua incidência (HARADA, 2018).

É importante ressaltar que o CTN, desde 1966, já conceituava o imposto de renda. No entanto, com a CRFB/1988 foi necessário adequar a conceituação do imposto a

inserção de princípios tributários (princípios da generalidade, universalidade e progressividade). Alguns aspectos constitucionais do tributo foram modificados do texto original, como, a imunidade dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão das pessoas com mais de 65 anos, que foi revogada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, passando a também ser tributado desde então.

Entende-se como sujeito passivo do IR a pessoa física ou jurídica, que é titular de renda ou provento de qualquer natureza (SABBAG, 2017). Sendo que o fato gerador é tido como:

A aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda (decorrente do capital, do trabalho ou da conjugação de ambos) e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos todos os acréscimos não compreendidos no conceito de renda (SABBAG, 2017, p. 1336).

Conforme Kiyoshi Harada:

A disponibilidade econômica consiste no acréscimo patrimonial decorrente de uma situação de fato, ocorrendo no instante em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza esse efeito, (art. 116, I, do CTN), ao passo que, a disponibilidade jurídica consiste no direito de usar, por qualquer forma, da renda e dos proventos definitivamente constituídos nos termos do direito aplicável (art. 116, II, do CTN) (HARADA, 2001, p.303).

Quanto ao conceito de renda, Hugo de Brito Machado pontua que:

Na expressão do Código, renda é sempre um produto, um resultado, quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação desses dois fatores. Os demais acréscimos patrimoniais que não se comportem no conceito de renda são proventos. [...] Não há renda, nem proventos, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. [...] Quando afirmamos que o conceito de proventos também envolve acréscimo patrimonial, não queremos dizer que escape à tributação a renda consumida. O que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento no valor líquido deste. Como acréscimo se há de entender o que foi auferido, menos parcelas que a lei, expressa ou implicitamente, e sem violência à natureza das coisas, admite que sejam diminuídas na determinação desse acréscimo. [...] A renda não se confunde com sua disponibilidade. Pode haver renda, mas esta não ser disponível para seu titular. O fato gerador do imposto de que se cuida não é a renda, mas a aquisição da disponibilidade de renda, ou dos proventos de qualquer natureza. Assim, não basta para ser devedor desse imposto, auferir renda ou proventos. É preciso que se tenha adquirido a disponibilidade, que não se configura pelo fato de ter o adquirente da renda ação para sua cobrança. Não basta ser credor da renda se esta não está disponível, e a disponibilidade pressupõe ausência de obstáculos jurídicos a serem removidos (MACHADO, 2008, p. 314-315, 317 e 323).

Diante disso, pode-se fazer a diferenciação entre disponibilidade econômica e jurídica. A disponibilidade econômica seria a faculdade de usar, gozar e dispor de coisas conversíveis ou dinheiro. Enquanto, a jurídica estaria presente na aquisição de “direitos de créditos não sujeitos à condição suspensiva, representados por títulos ou documentos de liquidez e certeza” (SABBAG, 2017, p.1337).

Nesse sentido, esta parte da controvérsia jurídica da ADI de nº 5.422 paira sobre a natureza jurídica do pagamento de pensão alimentícia, sendo importante definir se os valores pagos a este título caracterizariam “disponibilidade econômica” ou “renda” e a partir daí se seriam tributados pelo IR, como efetivamente estava acontecendo, pelo entendimento sedimentado até então pelo fisco federal.

Segundo se depreende do art. 44 do CTN: “Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”, ou seja, a base de cálculo é a soma de fatores algébricos positivos e negativos, que foram agregados ao patrimônio. Sendo assim, é adotado no Brasil o critério de aferição de base de cálculo pelo montante absoluto da renda e do provento pelo qual as alíquotas irão incidir sobre o total dos rendimentos, não importando sua origem ou razão.

Por fim, salienta-se que o art. 153, §2º, I da CRFB/1988 prevê que o IR deverá observar os critérios da generalidade, universalidade e progressividade. Quanto à generalidade entende-se que a incidência do tributo deverá ocorrer sobre todos os contribuintes que pratiquem o fato gerador. O critério da universalidade deve ser observado com a base de cálculo do gravame, que entendia que quaisquer rendas e proventos auferidos pelo contribuinte deveria ser abarcado (art. 43 §1º do CTN). Enfim, a progressividade supõe a variação positiva da alíquota do imposto à medida que ocorre o aumento da base de cálculo (SABBAG, 2017).

DO BIS IN IDEM

O princípio do *bis in idem*, ou seja, da proibição de tributação dupla surge através do Pacto de San José da Costa Rica. Ressalta-se que, para a maioria da doutrina, o *bis in idem* diferentemente da bitributação é tido como lícito e possível, desde que preestabelecido constitucionalmente. Por isso, para compreender esse princípio se faz necessário diferenciá-lo da bitributação, já que muitos julgados e jurisprudências abordam esses temas.

Conforme Ricardo Alexandre, *bis in idem* ocorre quando o mesmo ente federativo tributa duplamente aplicando o mesmo fato gerador, uma vez que autorizado constitucionalmente (ALEXANDRE, 2020). Para Mazza (2019) o *bis in idem* seria a exigência simultânea de tributos sobre a mesma base de cálculo ou fato gerador advindo de uma única entidade tributante. Vale novamente ressaltar que o *bis in idem*, nem sempre é ilegal, sendo que não havendo previsão legal para uma dupla cobrança sobre a mesma base de cálculo ele se torna ilegal, como foi a análise da ADI de nº 5.422.

Exemplo dessa situação seria a cobrança lícita do IR juntamente com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), utilizando a mesma base de cálculo, que é o lucro da empresa com diferentes alíquotas (CONDÉ, 2022). Assim, tem-se que analisar se ocorre ou não *bis in idem* sobre a mesma base de cálculo, perpassando a análise da legislação tributária de maneira sistemática.

Já a bitributação ocorre quando dois entes federativos cobram o mesmo tributo, sendo, em regra, inconstitucional. Exemplo disso seria quando dois municípios cobram Imposto Sobre Serviços de um mesmo serviço prestado. No entanto, há dois casos em que é possível. O primeiro deles é na iminência ou no caso de guerra externa, conforme previsto no art. 154, inciso II da CRFB/1988: “Art. 154. A União poderá instituir: II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”. A segunda situação é nas cobranças de tributos internacionais desde que respeitando a legislação interna e externa, torna possível há exceção à regra da bitributação (CONDÉ, 2022).

Ressalta-se que, diferentemente da bitributação que é possível a aplicação da consignação prevista no art. 164, inciso III, do CTN, o *bis in idem* não tem a aplicação da consignação. Isso ocorre porque inexistente dúvida sobre quem é o legítimo credor do tributo. Assim, para defender de tal fato o contribuinte deverá utilizar, em regra, do Mandado de Segurança (MAZZA, 2019).

DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

O ordenamento jurídico brasileiro defendia que o art. 153, III, da CRFB/1988, que trata da competência da União para instituir e cobrar o tributo de IR, abrangeria qualquer

acréscimo patrimonial, ou seja, englobaria rendas e proventos de qualquer natureza. Porém, como discorrido anteriormente, não é tarefa fácil a perfeita conceituação do que seria “rendas e proventos” e a consunção da norma tributária em todos os casos. Ademais, é da natureza da tributação de que os entes incumbidos da sua cobrança façam a interpretação mais elástica e favorável ao fisco frente ao contribuinte, que é parte hipossuficiente da relação.

Diante disso, o entendimento era de que seria possível a cobrança do IR em situações de pagamentos de pensões alimentícias. Entretanto, tal entendimento não observava a trajetória dessa renda e nem como essas rendas e proventos eram cobrados das partes envolvidas. Na prática havia a cobrança do imposto, tanto de quem pagava a obrigação alimentar, como de quem recebia a obrigação alimentar.

Nesse sentido, a ADI 5.422 do STF observou que ao realizar o pagamento dessas obrigações alimentares, o alimentante ao utilizar de sua própria renda ou de seu próprio provento de qualquer natureza apenas repassa tais valores ao alimentado, sendo que tais valores ao serem recebidos não são considerados renda ou provento de qualquer natureza. Logo, quando o alimentado recolhia o IR ocorria o chamado *bis in idem*.

O Relator Dias Toffoli, pontuou que a natureza jurídica do pagamento de alimentos representa “tão somente uma entrada de valores” e não renda ou provento de qualquer natureza e, portanto, não passível de tributação pelo imposto de renda.

Vale ressaltar ainda que a ação foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e no seu pedido a inconstitucionalidade tratava-se apenas de valores de pensão alimentícia oriundos do direito de família, estando excluídas as pensões alimentícias decorrentes da responsabilidade civil.

Em regra, o IR, previsto nos arts. 43 e seguintes do CTN, só pode incidir uma única vez sobre o mesmo fato gerador, sob pena de ocorrência de *bis in idem*, que é vedado pelo sistema tributário (art. 154 da CRFB/1988). Em vista disso, Eduardo Sabbag (2017) reforça que *bis in idem* é ato em que o mesmo ente federativo tributa duplamente servindo-se do mesmo fato gerador.

Nesse sentido, alimentos ou pensão alimentícia oriunda do Direito de Família não podem ser entendidos como renda nem provento de qualquer natureza do credor dos alimentos. Esses seriam tão somente uma entrada de valores.

Diante disso, a ADI 5.422 julgada pelo STF entendeu que:

[...] submeter os valores recebidos pelo alimentado a título de alimentos ou de pensão alimentícia ao imposto de renda representa **nova incidência do mesmo tributo sobre a mesma realidade**, isto é, sobre aquela parcela que integrou o recebimento de renda ou de proventos de qualquer natureza pelo alimentante. Essa situação não ocorre com outros contribuintes (STF- Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.422, Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 27/05/2022, grifos não originais).

Em face do exposto, observa-se que o alimentante é quem, em variados casos, efetivamente recolhe o IR; ao fazer esse recolhimento não realiza distinção entre o que fica para si e o que paga a título de pensão alimentícia, e por esse motivo haveria a ocorrência do chamado *bis in idem*, ou seja, dupla tributação.

Essa situação mostrava-se favorável para a União, que até decisão em questão recebia tributação em dobro. Ressalta-se que inexistiu, no julgado embargado, qualquer limitação quanto à forma ou ao título jurídico que embasa o pagamento dessas verbas, ou seja, tal decisão também se aplica aos alimentos ou pensões alimentícias decorrentes do Direito de Família, firmadas em escritura pública.

Quanto à questão da segurança de tal procedimento, o STF em decisão do Tribunal que rejeitou os Embargos de Declaração sobre a ADI pontuou que, os lançamentos tributários são efetuados e revistos de ofício pelas autoridades administrativas. Assim, quando é comprovada a prática de alguma falsidade, erro ou omissão quanto a algum elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória ou se demonstre que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (art. 149, incisos IV e VII, do CTN) é possível a intervenção pelas autoridades administrativas.

Além disso, a Lei Complementar (LC) nº 104/01 incluiu parágrafo único no art. 116 do CTN, que passou a possibilitar que autoridade administrativa desconsidere “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. Havendo, assim, meios para que as autoridades impeçam qualquer ato atentatório ao Estado.

Salienta-se que, não houve na decisão qualquer limitação quanto ao montante recebido pelo alimentado a esse título, ou seja, não há que se falar em limitação ao piso de isenção.

Por fim, destaca-se que a tributação reconhecida como inconstitucional pela ADI feria direitos fundamentais, principalmente, de pessoas vulneráveis. Isso fica evidente ao

observar que um dos fundamentos da pensão alimentícia ou dos alimentos é a dignidade da pessoa humana, e que tem como pressuposto a necessidade do sujeito que a reclama.

Assim, os valores devidos a tais pessoas a título de repetição de indébito são essenciais para elas, que passaram a ter a devolução desses valores para custear suas necessidades mais básicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a tão sonhada justiça fiscal, baseada nos princípios constitucionais da proporcionalidade e do não confisco, aos poucos vem se desenhando, num país que é marcado pela multiplicidade de tributos e suas normas respectivas. A intervenção do Judiciário é necessária para pacificar eventuais equívocos das interpretações da legislação fiscal, como foi o caso analisado pelo STF.

Fica ainda a reflexão de que como a ação foi proposta pelo IBDFAM, com expressa incidência somente para obrigações alimentícias oriundas do Direito de Família, portanto, não abarcando a decisão as demais obrigações alimentícias oriundas da responsabilidade civil, por exemplo, a mesma base de raciocínio se aplicaria, pois as diferenças são pequenas entre elas.

Resta pacificado, pelo menos por enquanto, que os valores recebidos a título de pensão alimentícia, oriundos do Direito de Família, não caracterizam renda e proventos de qualquer natureza, sendo considerados apenas “entrada de valores”, não sendo considerada “riqueza nova”, portanto, não passíveis de tributação pelo IR, independentemente do valor recebido pelo alimentando.

Ficou caracterizado na ADI a ocorrência do *bis in idem*, e a ilegalidade da cobrança perpetrada pelo fisco federal, ressaltando-se os aspectos tributários fiscais. Ponto importante da decisão é sobre os efeitos da decisão, que nesse caso não foram modulados, sendo assim retroagem no tempo quanto aos valores já cobrados indevidamente dos contribuintes.

Diante dessa modificação jurisprudencial, as pessoas que recebem pensão alimentícia e sofreram tributação pelo IR, nos últimos 5 (cinco) anos, têm direito à restituição devidamente corrigida, cessando assim a inconstitucionalidade dessa incidência.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 14.ed. Editora JusPODVM, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2022, às 12h.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 05 jun. 2022, às 12h.

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 20 de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 27 de out. 2022, às 12h.

BRASIL. **Lei Complementar n° 104/01**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm. Acesso em: 26 de out. 2022, às 13h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5422**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5567073&ext=RTF>. Acesso em: 26 de out. 2022, às 12h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade n° 5.422 do Distrito Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354368523&ext=.pdf>. Acesso em: 01 de nov. 2022, às 12h.

CONDÉ, Joseane de Menezes. **Descortinando o significado de bis in idem e bitributação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/362197/descortinando-o-significado-de-bis-in-idem-e-bitributacao>. Acesso em: 30 de nov. 2022, às 12h.

HARADA, Kiroshi. **Direito financeiro e tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 5.422**. Relator: Dias Toffoli. DJ: 27/05/2022. STF, 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/imposto-renda-nao-incide-pensao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022, às 12h.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DO MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO RETROATIVA DO INSTITUTO DESPENALIZADOR DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT: ANALYSIS OF THE TIME FRAME FOR THE RETROACTIVE APPLICATION OF THE DESPENALIZER INSTITUTE OF CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE

Vitor Luís de Almeida

vitor.almeida@tjmg.jus.br

<http://lattes.cnpq.br/8350332038072420>

Yago de Oliveira Almeida

yagoalmeida07@outlook.com

<https://lattes.cnpq.br/8629145768354950>

RESUMO: O Acordo de Não Persecução Penal é um instituto despenalizador da justiça criminal consensual. Trata-se de um mecanismo negocial introduzido no ordenamento pátrio pela Lei n. 13.964/2019. O artigo objetiva analisar a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal e compreender qual o marco temporal para aplicação retroativa deste instituto aos processos em curso quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo, o artigo foi elaborado com base em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. A pesquisa identificou dois marcos apontados pela doutrina e jurisprudência como limite temporal para a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal, quais sejam: o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Constatou-se a adoção do marco mais restritivo à retroação do instituto, em atenção à finalidade e previsão legal acerca da fase de incidência do mecanismo consensual, por ora majoritário, bem como a possibilidade de fixação do limite temporal mais abrangente, à luz do que dispõe o princípio da retroatividade da norma mista com conteúdo material mais benéfico ao réu.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Marco temporal. Aplicação retroativa.

ABSTRACT: The Non-prosecution Agreement is a despenalizer institute of consensual criminal justice. It is a negotiating mechanism introduced in the national legislation by Law n. 13,964/2019. The article aims to analyze the retroactivity of the Non-Prosecution Agreement and understand what is the time frame for retroactive application of this institute to cases in progress when Law n. 13,964/2019 entered into force. Using the deductive approach method, the article was prepared based on bibliographic and case law research. The research identified two milestones pointed out by the doctrine and jurisprudence as the temporal limit for the retroactive application of the Non-Prosecution Agreement, namely: the receipt of the accusation and the final and unappealable sentence. The adoption of the more restrictive milestone to the retroactive application of the institute was verified, in attention to the purpose and legal provision about the incidence phase of the consensual mechanism, for now the majority, as well as the possibility of fixing a more comprehensive time limit, in light of what the principle of retroactivity of the mixed norm with a material content more beneficial to the defendant disposes of.

Keywords: Criminal Non-Persecution Agreement. Time frame. Retroactive application.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como cediço, o Brasil possui um excessivo contingente de processos em tramitação em todas as suas esferas de Justiça. No âmbito penal, além do abarrotamento da Justiça Criminal brasileira, tem-se o drama da superpopulação carcerária, temas em constante discussão, seja no âmbito acadêmico, ou nos noticiários.

Sob essa ótica, tem-se buscado progressivamente a abertura de espaços de consenso na sistemática processual penal. Nesse viés, a introdução de mecanismos negociais visando a despenalização e a descarcerização no ordenamento jurídico pátrio apresentam-se como medidas promissoras para atenuar o atual cenário de sobrecarga dos tribunais e estabelecimentos prisionais brasileiros.

O mais recente instituto de justiça criminal consensual trata-se do Acordo de Não Persecução Penal. A medida despenalizadora busca evitar a deflagração da ação penal para apuração da prática de crimes de pequena e média gravidade a partir da propositura de um acordo pelo Ministério Público ao investigado, a ser judicialmente homologado, quando preenchidos os requisitos legais.

O instituto foi introduzido no Código de Processo Penal (CPP), no artigo 28-A, pela Lei n. 13.964/2019, e tem notório caráter de *novatio legis in melius*, pois prescinde da deflagração da ação penal para apuração do cometimento de uma infração penal e posterior responsabilização do infrator, possibilitando seja procedida a solução do litígio, de forma consensual, por meio de um acordo judicialmente homologado.

Por todo exposto, diante do conteúdo mais benéfico do novo mecanismo negocial, bem como da natureza jurídica da norma no ponto em que inseriu o instituto na legislação processual penal, emergiu-se a discussão acerca da possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos processos em tramitação quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, assim como em relação ao momento adequado para incidência retroativa desse instituto.

Destarte, discorrer-se-á sobre a inserção deste mecanismo negocial no ordenamento pátrio, a sua natureza jurídica e classificação enquanto direito público subjetivo do acusado ou discricionariedade do Ministério Público, para então analisar as correntes que discutem o marco temporal que limita a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, recorrendo-se aos ensinamentos doutrinários e aos posicionamentos adotados em sede dos Tribunais Superiores.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

No Brasil, em 2019, ano de publicação da Lei n. 13.964, foram distribuídos ao Poder Judiciário 2,4 milhões de novos casos criminais, ingressando 1,6 milhão de processos na fase de conhecimento de 1º grau, enquanto que o quantitativo de processos pendentes de julgamento totalizou 5,3 milhões, o equivalente a 2,5 vezes a demanda do sistema judicial criminal, conforme consta do Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (2020).

No segundo semestre de 2019, o Brasil contava com 989.263 presos, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do Departamento Penitenciário Nacional (2021), evidenciando, pois, a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Consoante as lições de Pacelli (2021, p. 606), o “drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a consequente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade”.

Com base nesse contexto de insuficiência do sistema de justiça criminal para processar e julgar o quantitativo de processos existentes, como também para efetivar os fins pretendidos pela aplicação das sanções penais, é que se buscou nos mecanismos de justiça penal negociada uma solução para tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional.

Nesse íterim, Cunha (2020) esclarece que o processo penal necessitava de um instrumento negocial tal qual o Acordo de Não Persecução Penal, pois ele inegavelmente proporcionará uma tutela penal mais efetiva a partir da economia de tempo e recursos que trará para a justiça criminal. Imperioso, portanto, compreender o modelo de justiça criminal consensual que se instaura, levando-se em conta seu propósito de atenuar a calamitosa situação de enfrentamento à criminalidade no Brasil.

Em análise ao pacote de projetos de lei que tramitava no Congresso Nacional e propunha a modificação da legislação brasileira para torná-la mais efetiva no combate ao crime, Lopes Júnior (2019, s/n), em artigo intitulado “Adoção do *plea bargaining* no projeto ‘anticrime’: remédio ou veneno?”, asseverou:

A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo é preciso compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena — como a proposta pelo projeto “anticrime” do governo federal — que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*).

Em tom alarmado, o referido autor defendeu a necessidade de ampliação dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira, sobretudo diante do excesso de processos em tramitação na justiça criminal. Todavia, ponderou que o *plea bargaining* norte-americano, adotado para negociação de pena, seria incompatível com o sistema jurídico vigente no Brasil.

Acerca do *plea bargaining*, Aras (2019) nos ensina que se trata de uma transação que visa abreviar o processo para se alcançar, desde logo, uma sentença, razão pela qual se suprime etapas processuais como a fase de debates e a colheita de provas, já que o infrator assume sua culpabilidade em face de benefícios legais, garantindo, assim, a elucidação do crime e assegurando a rápida punição dos criminosos, além de diminuir a carga de trabalho e os custos da justiça criminal.

Infere-se, pois, que o modelo de justiça penal negociada pautada no *plea bargaining* visa uma rápida resposta estatal ao crime, mediante abreviação do procedimento para apuração e responsabilização criminal, o que possibilita a imposição de uma sanção pelo ilícito praticado, dispensando maiores dilações probatórias, resultando na redução tanto do quantitativo de trabalho quanto dos custos da justiça criminal.

Assevera Cabral (2019) que a implementação de acordos no sistema judicial criminal trata-se de uma alternativa promissora à medida em que permite o estabelecimento de um sistema de eleição inteligente de prioridade, fazendo com que só sejam levados a julgamento os casos mais graves, ao passo que às demandas de pequena e média gravidade restaria a possibilidade de resolução por meio da celebração de acordos.

Ressalta-se, nessa perspectiva, que no ano de 2017 foi editada a Resolução n. 181, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2017), visando aprimorar a instauração e tramitação de procedimentos investigatórios a cargo do *Parquet*, atenuar a carga desumana de processos, o desperdício de recursos, o prejuízo e o atraso no oferecimento de Justiça, e minorar os efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória, a fim de reduzir os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogar os estabelecimentos prisionais.

Observa-se, ante a excessiva carga de processos acumulados nas varas criminais e da superlotação do sistema prisional, que foi necessário buscar soluções alternativas com o fito de proporcionar celeridade na apuração de crimes de pequena e média gravidade, razão pela qual previu a Resolução n. 181 de 2017, em seu artigo 18, o Acordo de Não Persecução Penal.

Contudo, ainda que bem-intencionada a instituição de um mecanismo negocial visando atenuar o enorme acervo processual da justiça criminal e frear o aumento da população

carcerária, uma discussão surgiu em torno da constitucionalidade do dispositivo. Consoante as lições de Avena (2021, p. 296), o ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público:

sempre teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que o art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal estabelece como atribuições do CNMP as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não lhe facultando a criação de institutos de natureza processual penal.

Nesse ínterim, diante da inexistência de previsão constitucional que atribua ao Conselho Nacional do Ministério Público a competência para criação de institutos de natureza processual e penal, a inconstitucionalidade do acordo criminal previsto na Resolução n. 181 de 2017 foi suscitada, sendo o dispositivo objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as quais tramitam sob os números 5790 e 5793, ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Todavia, com o advento da Lei n. 13.964, publicada em 24 de dezembro de 2019, amplamente difundida como “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”, em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020, foi acrescido ao Código de Processo Penal o artigo 28-A, que normatiza o Acordo de Não Persecução Penal e disciplina sua aplicação.

Preceitua Pacelli (2021) que a Lei n. 13.964/2019 adotou o Acordo de Não Persecução Penal, anteriormente regulamentado pela Resolução n. 181 de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, além de inovar em alguns aspectos e corrigir algumas irregularidades, a começar pelo respeito ao princípio da legalidade, já que inserido no sistema legal por instrumento normativo compatível, isto é, por lei em sentido estrito.

Quanto à conceituação do instituto, aduz Avena (2021, p. 294) que:

consiste no ajuste celebrado, em determinadas circunstâncias e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade.

Verifica-se, portanto, a bilateralidade do instituto, tendo em vista que se trata de um ajuste de interesses. Nesse viés, o Acordo de Não Persecução Penal será levado a cabo pelos interessados, quais sejam, o Ministério Público e o investigado, estando este acompanhado por seu defensor. Do termo, constarão todas as medidas estipuladas. Aceito e cumprido integralmente, resultará na extinção da punibilidade do agente infrator.

Outrossim, depreende-se dos ensinamentos de Barros (2021) que o Acordo de Não Persecução Penal, enquanto instrumento extrajudicial pautado em uma política criminal de

descarcerização, visa a realização de um acordo bilateral, entre o Ministério Público e o agente transgressor da lei, para o ajuste de medidas a serem cumpridas, evitando-se a judicialização e a tramitação de um processo criminal, bem como de todas as mazelas que ele acarreta.

Isso posto, ante o cenário de superlotação do sistema prisional brasileiro, o aludido mecanismo negocial, enquanto medida que visa a descarcerização e despenalização, apresenta-se como um meio promissor para desafogar o Judiciário e reduzir a população carcerária, vez que permite a resolução de demandas criminais a partir do cumprimento de condições estipuladas entre o Ministério Público e o agente infrator, judicialmente homologadas.

3. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Haja vista as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 nos ordenamentos processual penal e penal, faz-se necessário discorrer sobre a natureza jurídica dessa norma no ponto em que instituiu o Acordo de Não Persecução Penal.

Ao explanar acerca de lei processual e aplicação da norma no tempo, assevera Lima (2020, p. 92) que “incide no processo penal o princípio da aplicabilidade imediata, no sentido de que a norma processual aplica-se tão logo entre em vigor, sem prejuízo da validade dos atos já praticados anteriormente.” Vige, portanto, o princípio do *tempus regit actum*, isto porque a norma processual penal rege imediatamente o curso processual, sem qualquer embargo para os atos praticados sob a regência da norma anterior.

Nesse ínterim, malgrado o Acordo de Não Persecução Penal tenha sido inserido no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019, os efeitos em relação à sua aplicação no tempo podem variar de acordo com a compreensão sobre a natureza jurídica do instituto.

Salienta-se que as normas no âmbito penal, em relação à natureza jurídica, podem ser classificadas do seguinte modo: norma penal, norma processual penal pura e norma mista ou híbrida. Segundo as lições de Lopes Júnior (2021), a norma penal se restringe a disciplinar o poder punitivo estatal, enquanto a norma processual penal pura regula o desenvolvimento do processo, do início ao fim, e os seus diferentes institutos.

Por outro lado, as normas mistas, conforme elucida Nucci (2021, p 166), “apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de direito penal.” Assim, para se classificar uma norma como sendo de natureza mista, é necessário analisar se o seu conteúdo é de direito material.

Para discorrer, portanto, acerca da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, urge explanar sobre o conteúdo do instituto. À vista disso, é preciso compreender como o tema é tratado pela doutrina e jurisprudência.

Consoante as ponderações de Barros (2021, p. 97):

a natureza jurídica de um instituto é sua essência em si mesma, e não suas eventuais consequências jurídicas. Nesse sentido, o **acordo de não persecução penal** tem natureza jurídica de um **negócio jurídico extraprocessual** que, a depender do seu desfecho, poderá resultar em algumas consequências jurídicas, tais como o arquivamento do procedimento investigativo. (Grifos originais)

Para o referido autor, portanto, deve-se considerar não a consequência jurídica do instituto, mas, sim, a sua essência. Desse modo, define a natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal como sendo um negócio jurídico extraprocessual, pois se trata de um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado, fora do processo.

Nesse mesmo sentido, Cabral (2019) aduz que, em se tratando da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, este não se trata nem de norma processual penal nem de norma penal, mas de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, já que consubstancia a política criminal do Ministério Público, titular da ação penal.

Em outra perspectiva, aduz Badaró (2020, p. 187)

Quanto à sua natureza jurídica, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico processual penal entre investigado e Ministério Público, que substancialmente constitui um acordo sobre pena, em que se aceita o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, com benefício de sua redução, em troca de se abrir mão do processo.

Sustenta-se, nessa ótica, que o Acordo de Não Persecução Penal comporta natureza de negócio jurídico processual penal, pois versa sobre o estabelecimento de uma sanção em contraposição à instauração de um processo penal. Assim, considera-se a finalidade do instituto, qual seja, o cumprimento de medidas restritivas de direitos para que se alcance a extinção da punibilidade do agente transgressor da lei, sem a necessidade de deflagração da ação penal.

Sob outro enfoque, preceitua Avena (2021, p. 298) que:

o art. 28-A é **norma híbrida (ou mista)**, vale dizer, insere tanto conteúdo de natureza material (confere ao investigado que firma o acordo benefícios de ordem penal, assegurando-lhe, inclusive, com o cumprimento das condições estabelecidas, a extinção da punibilidade, conforme art. 28-A, § 13; permite que seja alcançada a reparação do dano causado à vítima, antecipando, portanto, efeito que seria próprio de sentença condenatória, *ex vi* do art. 91, I, do Código Penal e possibilita, a título de condições do ajuste, a aplicação de obrigações análogas às penas restritivas de direito

de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e de prestação pecuniária independentemente de condenação) quanto de natureza processual (trata-se de instituto previsto no âmbito do Código de Processo Penal, viabilizado quando não for hipótese de arquivamento da investigação, afastando, quando cumpridas as condições ajustadas, o desencadeamento do processo criminal). (Grifos originais)

Nesse contexto, estando-se diante de uma norma com conteúdo de natureza material, tendo em vista os benefícios de ordem penal trazidos pelo instituto, como também de natureza processual, já que regula a deflagração da ação penal, destaca-se que o Acordo de Não Persecução Penal comporta notória natureza jurídica de norma híbrida ou mista, em que pesem os entendimentos doutrinários anteriormente explicitados.

Coadunam com o exposto as lições de Nucci (2021, p. 233), para quem o “acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, é uma norma processual de natureza mista, pois evita a propositura de ação penal e, com isso, permite a extinção da punibilidade.” Nesse diapasão, referido autor define a natureza jurídica do instituto a partir da sua consequência jurídica, classificando-o como norma de natureza mista, pois ressalta o seu conteúdo de direito penal, isto é, a possibilidade de extinção da punibilidade do agente.

Impende destacar que, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso em *Habeas Corpus* n. 146.012/RS, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no exercício de sua função constitucional de padronizar a jurisprudência entre os tribunais, adotou a tese da natureza híbrida do Acordo de Não Persecução Penal:

[...] 2. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, considerada a natureza híbrida da norma e diante do princípio *tempus regit actum* em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1.319.986/PA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 24/5/2021). [...] (AgRg no RHC 146.012/RS, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data de Julgamento: 15/06/2021, Data de Publicação: 18/06/2021). (BRASIL, 2021)

De igual modo, posicionou-se também o Supremo Tribunal Federal (STF), como se extrai da decisão em sede do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 191.464:

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. [...] (HC 191464 AgR, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, Data de Julgamento: 11/11/2020, Data de Publicação: 26-11-2020). (BRASIL, 2020)

Logo, constata-se que prevalece o entendimento que dispõe sobre a natureza jurídica mista do Acordo de Não Persecução Penal, uma vez que, quando instados a se manifestar acerca da necessidade de conjugar a aplicação imediata do instituto, por se tratar de uma norma processual, com a retroatividade da norma penal mais benéfica, diante do seu conteúdo de direito material mais favorável, assim decidiram os Tribunais Superiores.

Visto isso, urge compreender a repercussão da classificação da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, enquanto norma mista ou híbrida, em relação à sua aplicação no tempo.

4. A RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Consoante os ensinamentos de Avena (2021, p. 48), pode-se identificar duas correntes que discorrem sobre as consequências do enquadramento de uma norma como de natureza mista, assim dispondo a primeira:

detectada a natureza mista do conteúdo inserido à lei nova, possibilita-se, para verificação de sua aplicação imediata ou não aos fatos ocorridos e processos iniciados anteriormente à sua vigência, a **cisão da norma**. Neste cenário, se o conteúdo material inserido à nova legislação, em comparação com o direito anterior, for prejudicial ao réu, é este último (o direito anterior) que deverá ser aplicado. Todavia, no que concerne ao conteúdo processual, ainda que não favoreça o acusado, deverá ser aplicado imediatamente aos novos atos praticados e decisões exaradas em razão do princípio *tempus regit actum*. (Grifos originais)

Observa-se, pois, que para a primeira corrente, constatada a natureza mista da norma, deve se proceder a sua cisão: se o conteúdo material for prejudicial ao réu, a norma anterior deverá ser aplicada; quanto ao conteúdo processual, ainda que prejudicial ao réu, deverá ser aplicado aos novos atos, em virtude do princípio *tempus regit actum*.

Por outro lado, explica Avena (2021, p. 48) que na segunda corrente:

não se admite a cisão da norma em regra de direito material e regra de direito processual. Logo, se a aplicação do conteúdo material da norma for prejudicial ao réu, essa norma, como um todo, não pode ser aplicada (nem o conteúdo material, nem o conteúdo processual). Agora, se, ao contrário, o conteúdo material da norma nova for mais benéfico, operar-se-á a sua retroatividade, sendo aplicável, também e por óbvio, a nova disciplina processual, independentemente de ser esta mais ou menos favorável ao acusado no enfoque da tramitação do feito (em face, repita-se, da incidência do princípio *tempus regit actum*). Esta última orientação é a prevalente. (Grifos originais)

Assim sendo, a segunda corrente não se filia a ideia de cisão da norma. Sendo o conteúdo material prejudicial, afastar-se-á a aplicação da norma como um todo; em contrapartida, sendo o conteúdo material mais benéfico ao réu, dever-se-á operar a sua retroatividade. Ainda, evidencia-se que a segunda corrente é a que prevalece, conforme se extrai do excerto.

Desse modo, ao abordar a questão da retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, Avena (2021, p. 298-299) arguiu ser possível observar o surgimento de duas correntes que discorrem acerca do limite temporal para aplicação retroativa do instituto, assim dispendo:

Primeira: deve ser facultada a proposta de acordo de não persecução penal em relação a processos criminais em andamento, tendo em vista que a retroatividade ou não da norma híbrida superveniente é definida pelo seu conteúdo material. Logo, se esse conteúdo for favorável ao réu (*novatio legis in melius*), deve a norma retroagir como um todo, alcançando situações anteriores à sua vigência. Dentro da linha de pensamento em exame, há, inclusive, quem defenda que deve ser viabilizado o acordo em relação a réus já condenados, cujos processos se encontrem em grau de recurso. [...]

Segunda: não ignorando a retroatividade da norma híbrida quando for o seu conteúdo material favorável ao réu, tal retroação deve ser limitada ao âmbito de incidência daquela norma, não se podendo estender o seu alcance a situações não tratadas na regra nova, muito especialmente quando for evidente não ter sido este o intuito do legislador. Ora, no caso do acordo de não persecução penal, infere-se do art. 28-A, bem como de seus incisos e parágrafos, que se trata de instrumento restrito à fase pré-processual, não sendo cabível após recebida a denúncia.

Infere-se, portanto, que a primeira corrente defende a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal em virtude da sua natureza material mais benéfica ao acusado, devendo alcançar, inclusive, os processos já sentenciados que estejam em fase recursal. Por outro lado, a segunda corrente, em que pese não negar a retroatividade da norma híbrida de conteúdo material favorável, aduz que a retroação do instituto deve observar o âmbito de incidência fixado pelo legislador, isto é, sua aplicação na fase pré-processual, devendo-se ter por limite o recebimento da denúncia.

Para além da divergência acerca da retroação do instituto, repercute ainda discussão acerca da classificação do Acordo de Não Persecução Penal enquanto direito público subjetivo do acusado ou discricionariedade do Ministério Público. Em seus comentários ao Pacote Anticrime, Lima (2020, p. 221) antecipou:

À semelhança do que ocorreu quando da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais, quando muito se discutiu acerca da natureza jurídica dos institutos despenalizadores nela previstos, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo - direito subjetivo do acusado ou mera discricionariedade do Ministério Público -, já se pode antever o surgimento de idêntica controvérsia em relação ao acordo de não persecução penal.

Diante da acertada previsão, esse tema em relação ao Acordo de Não Persecução Penal é também alvo de divergências. Portanto, em vista da controvérsia acerca da classificação do novo mecanismo negocial enquanto direito público subjetivo do acusado ou faculdade do Ministério Público, é preciso analisar o instituto sob o crivo das duas correntes, aliado ao marco temporal adotado por cada uma delas.

Segundo explicita Lopes Júnior (2021), o Acordo de Não Persecução Penal se trata de um direito público subjetivo do indivíduo e, preenchidos os requisitos legais previstos para a sua propositura, o investigado tem direito aos benefícios do instituto. Logo, infere-se que, sempre que satisfeitos os requisitos da lei, cabe ao Ministério Público oportunizar ao transgressor da lei a formalização do acordo.

Em convergência com entendimento exposto, Marcão (2021, p. 104) dispõe que os requisitos para propositura do Acordo de Não Persecução Penal são cumulativos e, uma vez satisfeitos, “o investigado terá a seu favor o direito subjetivo de desfrutar dessa causa legal de não punibilidade.”

De igual modo, para Rangel (2020), conjugando-se o caráter híbrido da norma no ponto em que prevê o instituto com a sua natureza material mais benéfica, o Acordo de Não Persecução Penal se trata de um direito público subjetivo do investigado, apontando que, mesmo já deflagrada a ação penal, o réu terá direito à aplicação da medida. Assim, dispõe que nos processos em curso, presentes os requisitos autorizadores, caberia ao juiz abrir vista dos autos para que o *Parquet* se manifestasse acerca da possibilidade de propositura do acordo.

Para além disso, ao analisar o instituto, Lopes Júnior (2021, p. 86) defendeu a natureza de norma mista e, por conseguinte, asseverou a possibilidade de aplicação retroativa para beneficiar o réu, sedimentando que o Acordo de Não Persecução Penal “pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.”

Sob essa égide, partindo-se da ideia de que a celebração do Acordo de Não Persecução Penal é um direito público subjetivo do investigado, assim como em atenção à natureza mista do instituto, sustenta parcela da doutrina que é possível a retroação do instituto para incidir em processos em curso em qualquer fase de tramitação, desde o recebimento da denúncia até a fase recursal, não se restringindo à etapa extraprocessual prevista na lei.

Corroborando com a ideia exposta, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (2020, s/n), por meio da Câmara de Estudos Criminais e Processual Penal e da Câmara de Estudos de Execução Penal, aprovou o Enunciado n. 17, que assim dispõe:

“O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.”

Veja-se, portanto, que a Defensoria Pública mineira privilegiou a classificação do instituto enquanto direito público subjetivo do indivíduo e defendeu sua aplicação aos feitos em curso, independentemente da fase processual em que se encontrem.

Em sede dos Tribunais Superiores, destaca-se que no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 575.395/RN, pela Sexta Turma do STJ, pautou-se a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal para incidir em processos em curso com sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado:

[...] 1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF). [...] (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Data de Julgamento: 08/09/2020, Data de Publicação: 14/09/2020). (BRASIL, 2020)

Isto posto, evidencia-se que o entendimento inicial da Sexta Turma do STJ era no sentido de que a natureza jurídica mista e de caráter mais benéfico da norma que introduziu o Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento pátrio impunha a retroatividade do instituto para alcançar feitos em curso, desde que não transitados em julgado.

Nessa mesma linha de raciocínio, impende ressaltar que está em tramitação no STF o julgamento do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual afetou o tema para julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, e, em seu voto, propôs a fixação da seguinte tese:

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP. (BRASIL, 2021)

Pode-se afirmar, com base na tese proposta, que o Ministro Relator defende a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal para alcançar os processos em curso, nos quais são cumpridos todos os requisitos legais, desde que não haja o trânsito em julgado. Logo, nota-se que a proposta de marco temporal limite para aplicação retroativa Acordo de Não Persecução Penal seria o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em arremate sobre o tema, Nucci (2021, p. 223) leciona que:

O acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, é uma norma processual de natureza mista, pois evita a propositura de ação penal e, com isso, permite a extinção da punibilidade. Assim sendo, temos sustentado que essa espécie de norma processual penal deve retroagir no tempo, tal como a norma penal benéfica, atingindo todos os processos em andamento, desde que não tenha havido trânsito em julgado. Entretanto, a tendência da jurisprudência, por ora, tem sido não acolher a retroatividade benéfica dessa norma do art. 28-A do CPP; defende-se que, havendo o recebimento da denúncia ou queixa, está-se diante de ato jurídico perfeito, não podendo ser alterada a situação. Esse entendimento, na realidade, deixa de reconhecer a força da norma processual penal de natureza mista.

Em face do exposto, o autor defende a necessidade de aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal para alcançar os processos em andamento, desde que não haja trânsito em julgado, em atenção à força da norma de natureza mista. Desse modo, constata-se que a tese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, também adotada inicialmente pelo STJ, está em consonância com o entendimento doutrinário explicitado.

Isto posto, frisa-se que o entendimento até aqui desenvolvido aponta o Acordo de Não Persecução Penal enquanto direito público subjetivo do acusado e sustenta a retroação da norma híbrida mais benéfica, sedimentando a aplicação retroativa do instituto aos processos em curso quando da entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, adotando-se por marco temporal o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por outro lado, em contraposição à ideia de que o Acordo de Não Persecução Penal se trata de um direito público subjetivo do acusado, parcela doutrinária se insurgiu e apontou que, em verdade, diante da natureza negocial do instituto, a propositura do acordo trata-se de uma discricionariedade do Ministério Público.

Nesse sentido, Barros (2021, p. 110) ensina-nos que: “Não há um direito subjetivo, mas sim uma discricionariedade regrada. Assim, o órgão do Ministério Público, mesmo diante da presença dos requisitos primários, secundários e personalíssimo, pode deixar de propor o acordo desde que fundamente a impossibilidade.” Por consequência, ainda que preenchidos os requisitos para auferir os benefícios do instituto, é facultado ao *Parquet* a sua não propositura, desde que justifique sua decisão.

Coaduna com o exposto as lições de Lima (2020, p. 277):

Se não se trata de direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos listados pelo art. 28-A, *caput* e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19. Não existe, pois, absoluta liberdade discricionária, posto que tais requisitos deverão ser necessariamente observados, sob pena inclusive de recusa judicial à homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §7º).

Ante o exposto, haja vista que a análise do preenchimento dos requisitos para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal cabe ao Ministério Público, defende-se que não há que se falar em um direito subjetivo do investigado. Todavia, não se trata de uma discricionariedade irrestrita, como já avençado, mas, sim, de uma oportunidade regrada, vez que o órgão acusador deve observar os parâmetros previstos na lei.

Ademais, se por um lado a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais postulou pelo reconhecimento do direito público subjetivo do infrator em celebrar o Acordo de Não Persecução Penal, por outro, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (2020, p. 06), com o intuito de auxiliar os membros do Ministério Público dos Estados e da União, emitiram os seguintes enunciados:

ENUNCIADO 19 (ART. 28-A, CAPUT) O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

ENUNCIADO 20 (ART. 28-A) Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Nesse diapasão, constata-se, a partir dos enunciados aprovados, que sob a ótica do Ministério Público, o Acordo de Não Persecução Penal é uma faculdade do *Parquet*, e não um direito público subjetivo do investigado. Ainda, ante essa classificação, restringe-se o alcance do mecanismo negocial, limitando sua aplicação retroativa aos fatos que, embora ocorridos antes da vigência do “Pacote Anticrime”, ainda figurem nos procedimentos investigatórios, adotando-se como limite temporal para retroatividade do instituto o recebimento da denúncia.

Neste último ponto, Avena (2021, p. 299), ao identificar as duas correntes a respeito da aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal a processos em curso, anteriormente analisadas, filiou-se à segunda, como se vê:

Concordamos com a segunda orientação, acrescentando que não implica qualquer afronta à *regra da retroatividade das normas híbridas quando favorável ao réu seu conteúdo material*. Isto porque essa retroatividade deve observar a exegese do art. 28-A à luz da explicitude de sua redação e da vontade do legislador, não podendo ir além disto. Ora, se do art. 28-A se extrai um limite temporal à sua incidência – celebração do acordo somente na fase pré-processual –, é apenas dentro desse limite que tal dispositivo pode retroagir. Essa retroação do art. 28-A enquanto *novatio legis in melius*, enfim, estará satisfeita com a sua aplicação aos crimes praticados anteriormente à entrada em vigor da Lei 13.964/2019, apenas isto, não se podendo aceitar, de forma alguma, sob o manto da regra da retroatividade da lei penal mais

benigna, o alargamento daquela norma para abranger situação por ela não tratada.
(Grifos originais)

Extrai-se, portanto, que a retroatividade do Acordo de Não Persecução deve se pautar no limite temporal imposto pela própria lei, isto é, deve ficar adstrito ao limite postulado pelo legislador, o qual prescreveu a incidência do instituto na fase extrajudicial, ou pré-processual.

Desse modo, embora não se negue o desdobramento lógico de retroatividade imposto às normas híbridas mais benéficas, o abrandamento das hipóteses de aplicação do acordo não poderia ir de encontro à exegese do artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, diante do impasse acerca do marco temporal para regular a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 625.609/SP, quando acionada para decidir sobre a aplicação da norma no tempo, posicionou-se no seguinte sentido:

[...] 2. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada em sede de apelação criminal. [...] (HC 625.609/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Julgamento: 01/12/2020, Data de Publicação: 07/12/2020). (BRASIL, 2020)

Destarte, para a Quinta Turma do STJ, é necessário se atentar para o propósito do instituto, razão pela qual decidiu ser inconcebível a aplicação do mecanismo negocial aos processos em curso nos quais já se tenha havido o recebimento da denúncia.

Para além disso, consoante apontado, observou-se que a Sexta Turma do STJ possuía entendimento diverso do ora examinado, pois havia adotado a ausência de trânsito em julgado como limite para a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal. Contudo, posteriormente, houve um alinhamento entre a Quinta e a Sexta Turma, integrantes da Terceira Seção do STJ, fixando-se o recebimento da denúncia como sendo o marco temporal para a retroação do mecanismo negocial, como se vê da decisão em sede do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.799.075/RS:

[...] 1. A orientação que se firmou no âmbito das Turmas que integram a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é a de ser possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, como na espécie, não há falar em retroceder na marcha processual. [...] (AgRg no AREsp 1799075/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz,

Sexta Turma, Data de Julgamento: 26/10/2021, Data de Publicação: 04/11/2021). (BRASIL, 2021)

Assim, pode-se concluir que o entendimento predominante no STJ é de que se reconhece a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal para alcançar os procedimentos que já haviam sido instaurados quando passou a vigorar a Lei n. 13.964/2019, desde que não haja recebimento da denúncia. Logo, constata-se que, em sede do STJ, o limite temporal adotado para a aplicação retroativa do instituto é o recebimento da denúncia.

De igual modo, a Primeira Turma do STF, instada a se manifestar, adotou o mesmo marco limitador, conforme julgamento do Agravo regimental em *Habeas Corpus* n. 200.255:

EMENTA: penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 200255 AgR, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, Data de Julgamento: 30/08/2021, Data de Publicação: 20-09-2021). (BRASIL, 2021)

Ante o exposto, infere-se que está se consolidando o entendimento de que o marco limite para a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal é o recebimento da denúncia, vez que, em observância à finalidade do instituto, que pressupõe sua incidência na fase pré-processual, sua retroação apresenta-se incompatível com o procedimento judicial já em curso.

Porém, frisa-se, embora seja esse o entendimento dominante em sede dos Tribunais Superiores, que o tema está pendente de julgamento pelo Plenário do STF, não havendo ainda a pacificação da matéria, razão pela qual pode haver uma alteração do posicionamento por ora dominante. Convém ressaltar, nesse viés, que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no citado *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, assim dispôs:

Portanto, penso que o **limite temporal para obstar o oferecimento do ANPP em processos em curso quando da vigência da Lei 13.964/2019 seria somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

Isso porque, com o trânsito em julgado, inicia-se a execução da pena e encerra-se a persecução penal, perdendo sentido o ANPP em sua função essencial de simplificar e antecipar a sanção ao imputado com a sua conformidade. (Grifos originais) (BRASIL, 2021)

Nesse sentido, verifica-se que, para o julgador, a incompatibilidade para aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal somente surgiria com o trânsito em julgado da decisão condenatória e início do cumprimento definitivo da pena, razão pela qual o Ministro

Relator propôs a tese cujo limite temporal para aplicação retroativa do mecanismo negocial é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como já explicitado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário no Brasil acumula milhares de processos pendentes de julgamento e, somado às demandas que surgem diariamente, tem-se o completo abarrotamento do sistema judicial. Como visto, na seara criminal, os dados são alarmantes, diante do enorme quantitativo de ações penais em curso e da superlotação nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Na busca por medidas para viabilizar o desafogamento do sistema judicial criminal, a Lei n. 13.964/2019 adotou o Acordo de Não Persecução Penal. Com influência do *plea bargaining* norte-americano, foi inserido um novo mecanismo de justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se, pois, a expansão dos espaços consensuais na justiça criminal com o fito de viabilizar a celeridade e eficácia.

O Acordo de Não Persecução Penal, inovação no ordenamento processual penal, mas já presente na política criminal adotada pelo Ministério Público, vez que previsto anteriormente na Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, envolve uma temática atual e, devido aos seus efeitos, tendo em vista seu viés despenalizador e desencarcerador, torna-se essencial a discussão acerca da sua aplicação no tempo.

Nesse diapasão, a presente discussão buscou compreender os entendimentos formados em torno da aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal aos processos em tramitação quando da vigência da Lei n. 13.964/2019, mais especificamente em relação ao limite temporal para a retroatividade do instituto.

Constatou-se, pois, que parcela da doutrina, bem como o entendimento inicial em sede dos Tribunais Superiores, apontam o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como o marco limite para aplicação retroativa do instituto, em atenção à natureza de norma mista, com conteúdo material mais benéfico ao acusado.

Em contrapartida, apresentou-se entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial que, atentos à finalidade do Acordo de Não Persecução Penal, qual seja, a não deflagração da ação penal, e à característica de negócio jurídico pré-processual, filiaram-se à ideia de que o limite temporal para a retroatividade do instituto é o recebimento da denúncia.

Posto isso, visto que tem prevalecido nos Tribunais Superiores que o marco temporal para a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal é o recebimento da denúncia, se tem

restringido a aplicação do instituto aos procedimentos em curso, que ainda se encontrassem na fase administrativa de inquérito, quando da vigência da Lei n. 13.964/2019.

Contudo, verifica-se que a discussão não resta pacificada. Afinal, a partir do julgamento pelo Plenário do STF do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, pode-se ter novo desfecho, vez que a tese proposta pelo Ministro Relator é de que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seja o limite temporal para retroação do instituto. Não se desconsidere que, sobretudo diante do cenário de abarrotamento do sistema judicial criminal brasileiro, a adoção da ausência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode trazer novos contornos para justiça criminal.

Portanto, em que pese a tese majoritária até então aplicada, resta indefinido qual será o efetivo limite temporal definitivo, pois pendente de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte o *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, que intenta a pacificação do tema.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Acordo de Não Persecução Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma.). **Habeas Corpus n. 625.609/SP**. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Próprio. Inadequação da via eleita. Crimes de Furto Qualificado e Corrupção de Menores. Condenação em sede de Apelação Criminal. Aplicação retroativa do Art. 28-A do Código de Processo Penal. Incompatibilidade com o propósito do Acordo de Não Persecução Penal. Precedentes. Dosimetria da Pena. Afastamento do Concurso Material de Crimes. Corte de origem entendeu que houve Desígnios Autônomos. Inversão do Julgado. Impossibilidade na via eleita. Writ não conhecido. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca. Distrito Federal, 07 dez. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=118389079&num_registro=202002990466&data=20201207&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma.). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.799.075/RS**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Falsidade Ideológica. Acordo de Não Persecução Penal. Inaplicabilidade. Alegação de testemunho intempestivo e inversão da ordem de oitiva das testemunhas. Preclusão. Ausência de prejuízo. Absolvição. Ausência de provas. Reexame Fático-Probatório. Impossibilidade. Súmula N. 7/STJ. Agravo Regimental Desprovido. Relator: Min. Laurita Vaz. Distrito Federal, 04 nov. 2021. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=2110588&num_registro=202003224672&data=20211104&peticao_numero=202100924663&formato=PDF. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma.). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 575.395/RN**. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Fraude à licitação. Falsidade Ideológica. Acordo de Não Persecução Penal. Pacote Anticrime. Art. 28-A do Código de Processo Penal. Norma Penal de Natureza Mista. Retroatividade a favor do réu. Necessidade de intimação do Ministério Público. Decisão Reconsiderada. Agravo Regimental Provido. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Distrito Federal, 14 set. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113037316&num_registro=202000931310&data=20200914&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma.). **Agravo Regimental em Recurso em Habeas Corpus n. 146.012/RS**. Agravo Regimental em recurso em Habeas Corpus. Execução Penal. Aplicação retroativa do Art. 28-A do CPP (ANPP). Denúncia que já tinha sido recebida. Impossibilidade. Precedentes. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Distrito Federal, 18 jun. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101153558&dt_publicacao=18/06/2021. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma.). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 191.464**. Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. Relator: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Agravo regimental em Habeas Corpus n. 200.255**. Ementa: penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. Relator: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 20 set. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757324348>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 185.913/DF**. Voto. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 17 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-anpp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (Brasil). **Enunciados interpretativos da Lei nº**

13.964/2019 Lei Anticrime. Disponível em:

https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 02 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Distrito Federal: Conselho Nacional do Ministério Público, 07 de ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Enunciados institucionais aprovados.** Disponível em: https://legadointranet.defensoria.mg.def.br/images/arquivos/comunicacao/camaras_de_estudo/2020/DPMG_PACOTE-ANTICRIMI_ENUNCIADOS-APROVADOS-CONSOLIDADOS-2.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: JusPodivm, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília, DF: Depen, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 04 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por Artigo.** Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** Revista Consultor Jurídico, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno#:~:text=O%20plea%20bargaining%20no%20processo,desigualdade%20de%20tratamento%20e%20inseguran%C3%A7a>. Acesso em: 07 ago. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO: MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

APPROPRIATE MEANS OF RESOLVING CONFLICTS IN INHERITANCE LAW:
EXTRAJUDICIAL MEDIATION

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Hanna Ferreira Souza

hannassouza56@gmail.com

Jennifer Kethlyn Coelho Santos

jenniferkethlyncoelhosantos@gmail.com

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo realizar uma breve discussão quanto a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos nos contextos sucessórios. O processo judicial de inventário é caracterizado por sua complexidade e morosidade, que se acentuam com as divergências entre os herdeiros, considerando as relações e os interesses envolvidos. Destarte, é possível analisar o implemento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, dando ênfase à aplicação da mediação judicial nos embates que envolvam as similitudes familiares e o Direito das Sucessões. Diante disso, a metodologia adotada foi a exploratória e descritiva, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, além de apresentar como método de procedimento o histórico e estruturalista para melhor condução da pesquisa e alcance dos resultados conjecturados. Já como técnica de pesquisa tem-se a bibliográfica documental em virtude do uso de livros, jurisprudências, leis e artigos. Conclui-se, perante o exposto, que a mediação no processo de inventário favorece o protagonismo das partes e a resolução do conflito de forma mais benéfica aos envolvidos.

Palavras-chave: Métodos alternativos de solução de conflitos; Mediação; Protagonismo das partes.

ABSTRACT: This research aims to carry out a brief discussion regarding the use of alternative means of conflict resolution in succession contexts. The judicial inventory process is characterized by its complexity and slowness, which are accentuated with the divergences among the heirs, considering the relationships and interests involved. Thus, it is possible to analyze the implementation of alternative methods of conflict resolution, emphasizing the application of judicial mediation in disputes involving family similarities and Succession Law. In view of this, it was used exploratory and descriptive methodology, with a deductive, inductive and dialectical method of approach, in addition to presenting the historical and structuralist method of procedure for better conducting the research and reaching the conjectured results. As a research technique, there is the documental bibliography due to the use of books, jurisprudence, laws and articles. It is concluded, given the above, that mediation in the inventory process favors the leading role of the parties and the resolution of the conflict in a more beneficial way for those involved.

Keywords: Alternative methods of conflict resolution; Mediation; Leading roles of the parties.

INTRODUÇÃO

O fenômeno natural da vida de todo ser humano é a morte - a pessoa deixa de existir, se tornando o que se chama no direito de "*de cuius*". Sob esse viés, a sociedade tem uma estigmatização dos efeitos que este fato pode oportunizar.

Diante dessa premissa, consoante a sistemática de algias do processo de luto em virtude da perda de um ente querido, as famílias, na maioria dos casos, também precisam enfrentar o burocrático e moroso processo de inventário judicial, em razão de discordâncias quanto à partilha da herança. O Direito das Sucessões é o ramo do Direito que estuda e orienta quanto aos direitos e obrigações que surgem da sucessão *causa mortis*. É o ramo do Direito Civil que regulamenta a forma como deverá proceder-se à destinação do patrimônio da pessoa física, após a sua morte, informando quem serão as pessoas a recolher este patrimônio.

Outrossim, o novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), impulsiona a disseminação de meios alternativos para a resolução de conflitos, porém, é nítido o desestímulo no que se compreende o Direito Sucessório.

Nessa perspectiva, este estudo tem como finalidade a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos no Direito Sucessório, em especial nos inventários e partilhas, analisando as possibilidades, demonstrando inexigibilidade de custas, e preservando o protagonismo entre a vontade dos herdeiros, utilizando uma abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo, através de procedimento bibliográfico.

O INVENTÁRIO

Com o falecimento de determinada pessoa, são chamados à sucessão os respectivos herdeiros (respeitando-se a ordem de vocação) ou legatários, ocorrendo a imediata transmissão do patrimônio do *de cuius* a seus sucessores.

Ademais, o inventário, em seu sentido etimológico, “expressa registro, rol, relação, catálogo, demonstrativo ou descrição de coisas ou atos” (RIZZARDO, 2011, p. 560).

Nesse sentido, entende-se inventário como a forma pela qual haverá a apuração dos bens do falecido, realizando-se a partilha dos bens arrecadados e nomeando esses entre os legítimos sucessores (AMORIM; OLIVEIRA, 2008).

Colhe-se dos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

No sentido específico da lei, temos a única forma de instrumentalizar a transmissão dos bens que se dá com a morte de seu titular. Compreende o conteúdo vários atos, ao cabo dos quais se dá a formalização da transmissão, e que se desenvolvem na descrição dos bens, na avaliação, liquidação e partilha entre os herdeiros e legatários, passando, também, pelo pagamento das obrigações e recolhimento dos impostos (RIZZARDO, 2011, p. 561).

Define, ainda, Orlando Gomes (2008, p. 275, grifo do autor) que “em dois sentidos emprega-se a palavra inventário: a) como o modo necessário de liquidação do acervo hereditário; b) como procedimento especial de jurisdição contenciosa no qual se descrevem e avaliam os bens do finado para dividi-los entre os herdeiros”, assimilando a primeira definição às previsões contidas no Código Civil (CC/2002) - arts. 1.991 a 2.027, e a segunda aos procedimentos tipificados no Código de Processo Civil vigente (CPC/2015) - arts. 982 a 1.045.

Nesse contexto, o inventário consiste na relação e descrição meticulosa de todos os bens deixados pelo *de cujus* quando de sua morte, é o meio pelo qual se conhece dos herdeiros e efetiva-se concretamente a transmissão da herança aos que possuem direitos, podendo ser promovido através de processo judicial, ou extrajudicial de acordo com as linhas trazidas pela Lei nº 11.441/2007, conforme aclaram Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho:

Inventário, no sentido estrito, é a relação de bens existente de uma pessoa, casal ou empresa; no direito das sucessões é o processo judicial de levantamento e apuração de bens pertencentes ao falecido, visando repartir o patrimônio entre seus herdeiros, realizando o ativo e o pagamento do passivo. O inventário era sempre judicial na redação original do art. 982 do Código de Processo Civil, ainda que todas as partes fossem capazes e concordes. A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, deu nova redação ao art. 982 do CPC e inovou ao admitir o inventário extrajudicial, lavrado por escritura pública, no tabelionato de notas, se todas as partes interessadas forem capazes, estiverem assistidas por advogado e concordes (CARVALHO; CARVALHO, 2012, p. 215).

Nessa perspectiva, conforme se denota do art. 982 do CC/2002, não há mais exclusividade do procedimento judicial para os inventários, possibilitando a realização do mesmo por meio de procedimento extrajudicial, através de escritura pública, desde

que todos os herdeiros sejam capazes e concordes, bem como não haja disposição de última vontade por testamento.

O Poder Judiciário passou a ser a porta conhecida pelos cidadãos, como sendo aquela à qual deveriam recorrer em casos de litígio, cada vez mais sendo necessária a estruturação deste poder que, aos poucos, foi se tornando uma máquina menos eficiente e economicamente inviável para solucionar questões menos complexas.

Diante deste quadro, o Judiciário brasileiro passou a dar maior ênfase aos métodos alternativos de solução de conflitos, estimulando sua implantação e utilização, sendo de destacar a Resolução nº 125 do CNJ e a Lei 13.140/2015, marcos importantes no avanço da divulgação e ampliação destes métodos.

DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

É imprescindível nesse prisma, se destacar os métodos alternativos de resolução de conflitos. É notório que recorrer ao Estado não é o único meio existente para se resolver um conflito, existem na esfera jurídica determinados meios responsáveis por assumir esse papel de forma efetiva, sendo elas a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a mediação, cada uma com sua respectivamente singularidade e aplicabilidade.

A Autotutela é a imposição da sua vontade sobre o outro, sendo, assim, a menos utilizada, nesse viés somente em casos excepcionais. Por sua vez, a autocomposição há a manifestação de vontade das partes, não obstante, não há qualquer participação de terceiros, sendo caracterizada também por três tipos: a transação, em que ambas as partes abrem mão das suas reivindicações; a renúncia na qual uma das partes renuncia ao seu direito e, por fim, a submissão, em que a parte se submete à vontade da outra.

Concomitante a isso, a Arbitragem torna possível que as partes escolham um árbitro, que seria um terceiro alheio ao Estado, para tomar uma decisão vinculante acerca do conflito.

Por sua vez, a mediação possui um mediador responsável por facilitar a resolução do conflito, trazendo tranquilidade e harmonia para as emoções de ambas as partes.

Mediação é um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a

mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões (MOORE, 1998, p.13).

Nesse sentido, cabe ressaltar que a normatização desses instrumentos foi preponderante para combater a grande carga depositada no Poder Judiciário. Observa-se o como exemplo o art. 334 do CPC/2015:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015).

Logo nota-se que, esse meio não interessa somente às partes, todavia interessa também ao Estado que visa dar fim ao conflito existente, outrossim proporcionar uma decisão justa e satisfatório.

A Mediação, como o instrumento principal no tema abordado, é entendida como um método que facilita o diálogo entre as partes, para assim conduzir melhor a situação e chegar a uma solução. Nesse viés o fato de não haver a intervenção de um terceiro faz com que as partes tenham mais autonomia em expressar seus desejos e defendê-los, criando uma espécie de democracia no processo, vindo a satisfazer os envolvidos.

Por essa lógica, a mediação é um dos instrumentos mais usados para resolução de conflitos, logo, há alguns princípios norteadores para conduzir o processo. Segundo o artigo 2º da Lei de Mediação, Lei nº 13.140/2015 os princípios são: a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e a boa fé. Por isso,

Inicialmente, é importante notar que tais princípios possuem fundamento constitucional. De fato, o preâmbulo da Constituição, refere-se ao povo brasileiro como uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I). Nas suas relações internacionais, o país rege-se pela solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII), não existindo motivos para que seja diferente no âmbito interno ou, ainda, para que haja distinção nas relações públicas e privadas (Takahashi *et al*, 2019, p.28).

Nesse âmbito, a imparcialidade dos mediadores é ponto crucial para que a mediação seja eficaz, não levando em consideração as características pessoais de cada uma das partes, tornando a decisão mais justa possível. Ademais, o diálogo entre as partes norteia o processo, para que corra de forma clara e objetiva, levando em consideração os

objetivos de cada uma das partes, a comunicação é imprescindível, a fim de acelerar a resolução do conflito de forma mais agradável.

Acerca da autonomia entre as partes, entende-se que através desse princípio é possível que as próprias partes sugiram alternativas e procedimentos para converter o conflito, através de debates e do próprio diálogo. Observa-se que, a confidencialidade trás as partes uma segurança em relação à justiça, de que serão respeitadas suas abordagens e suas singularidades, de forma a trazer mais conforto para que as partes entrem em um consenso, sempre se baseando no instituto da boa-fé.

Nesse cenário, o Direito viu-se impelido a avançar no movimento da pacificação social por caminhos alternativos como a mediação e a conciliação: um trabalho mais preventivo do que curativo. Nada melhor que o consenso das partes para evitar ou atalhar o processo. Mediante o diálogo, elas podem formular as regras que regerão o procedimento e encontrar a solução do problema antes de chegar à Justiça (Takahashi *et al*, 2019, p.10).

Diante de tal perspectiva, é notória o grande papel da mediação na atualidade, sendo necessária maior atenção ao tema, visto que ela funciona de forma efetiva e rápida, desafogando a justiça, que se acumula de processos que seriam simples de resolver através desse meio alternativo. Desse modo, traz também conhecimento a sociedade de modo que se introduza desde o início o princípio da comunicação, evitando o acionamento do Estado.

No entanto, não se nota o mesmo grau de difusão na população em geral, certamente pela concepção paternalista estatal de solução do conflito exercitada durante anos, assim considerada pela substituição da vontade das partes pela autoridade da coisa julgada. Era como se disséssemos que a solução boa e válida tivesse de passar sempre pelo crivo do Poder Judiciário. Era mais fácil pagar – sem questionamento algum – um precatório bilionário, porque estaria acobertado pela coisa julgada, do que pagar por Requisição de Pagamento de Pequeno Valor (RPV) decorrente de acordo. Muitos eventos sobre mediação e conciliação costumam ficar repletos de “convertidos”, mas quase não atingem aqueles que se pretende “converter” (Takahashi *et al*, 2019, p. 128).

É conhecido que os conflitos familiares, da comunidade, da escola, entre pessoas que convivem em um mesmo espaço, estudam, urgem de uma Mediação familiar ou comunitária e até uma Mediação escolar. Isso demonstra que a aplicação desses meios deve vir de políticas aplicadas desde o início do conflito. A Mediação tem o papel de transformar a relação desgastante em relação de solução rápida, que também funcionará como instrumento de justiça restaurativa, observada pelo mediador, que por meio do

diálogo tem por objetivo restaurar os danos causados às relações das comunidades, das famílias e das escolas, restaurando, assim, as relações feridas pelo conflito.

MEDIAÇÃO E A EFETIVIDADE DE RESPOSTAS CONSENSUAIS AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS POR MEIO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

A possibilidade de realizar o inventário de forma extrajudicial representa a intenção de desjudicialização dos atos que envolvem o processo, não sendo necessária a submissão ao Poder Judiciário, buscando soluções simplificadas, redução de custos e desburocratização de processos e procedimentos, assegurando ao cidadão maior celeridade e efetividade nos procedimentos disciplinados pelo CPC/2015, levando à compreensão de que o acesso à justiça não ocorre apenas por vias judiciais formais, especialmente quando as partes estão de acordo em assuntos não contenciosos ou meramente administrativos, como é o caso do inventário consensual.

Ainda em relação ao contexto da norma, opinou Zeno Veloso:

Não há nenhum exagero ao afirmar que a Lei nº 11.441/2007 é de extrema importância, introduziu um avanço notável, representa verdadeiro marco no direito brasileiro, porque faculta aos interessados adotar um procedimento abreviado, simplificado, fora do Poder Judiciário, sem burocracia, sem intermináveis idas e vindas. O cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar (VELOSO, 2010, p. 110).

A crise no Sistema Judiciário decorre em parte da cultura do litígio na sociedade contemporânea e de outra parte da morosidade com que tramitam os processos. Em virtude disso, o Judiciário e o Governo buscam promover transformações normativas com o objetivo de alcançar maior eficiência à prestação jurisdicional na resolução dos conflitos. Destarte, a Legislação Brasileira objetivou incentivar a mediação, a conciliação e outros meios de solução consensual de conflitos.

A respeito dessas mudanças, Humberto Theodoro Júnior se posiciona

[...] não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas disponível (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.76).

Nesse sentido, o CPC/2015 preceitua no artigo 3º, § 3º que: “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” (BRASIL,2015).

A Lei 13.140/2015 dispõe largamente sobre os recursos, e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determina a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejusc), para estimular à solução do conflito através da Conciliação, da Mediação e também por meio de práticas restaurativas.

Conforme Francisco José Cahali (2007), ao incentivar e promover outras formas de solução de conflitos o objetivo seria promover entre as partes uma adequada comunicação pela qual se encontraria a melhor forma de solução do conflito por meio de um esforço comum que restabeleceria um equilíbrio nas relações. Quanto às soluções alternativas dos conflitos, entende-se que não surgiram para tomar o lugar da jurisdição, reforça Humberto Dalla Bernardino de Pinho “O segredo, portanto, está em compreender os meios alternativos de solução de conflitos como uma soma à atividade jurisdicional, e não como uma simples subtração desta ou um método concorrente” (PINHO, 2017, p. 420).

Importante consignar que a utilização da esfera extrajudicial é uma escolha do cidadão, que continua a ter o direito de acesso ao Poder Judiciário. A desjudicialização não tem o objetivo de mitigar a via judicial, e sim manter nela litígios de alta indagação e complexidade. Os meios extrajudiciais vêm oferecer a sociedade moderna respostas adequadas, céleres e eficientes com capacidade real de evitar a formação de lides, na medida em que o acesso à justiça não se esgota no exercício do direito de ação judicial.

Com a regulamentação da Lei nº 11.441/2007, que permitiu a realização de inventário, partilhas, separação e divórcio consensual por notários, concebeu-se maior integração das Serventias Extrajudiciais com a Justiça. Oportunizou ao cidadão autonomia para realizar seus direitos, sem necessariamente ter que passar pela intervenção do Poder Judiciário e, por consequência, retirou da via judicial processos que versam sobre essa matéria.

Uma visão mais moderna do direito se fundamenta na noção de que um sistema jurídico, para ser considerado eficiente, deve contar com procedimentos, bem como instituições, que visam prevenir e resolver conflitos levando-se em consideração a real necessidade e, assim, o trabalho dos notários, em alguns de seus aspectos, se assemelham à função do mediador (SANDER, 2005, não paginado).

O conflito é algo inerente à relação humana e por outro lado, não é visto sempre como algo negativo, visto que certas pendências só conseguem ser resolvidas através da incitação de uma divergência. Por muitos anos, a paz foi sinônimo de ausência de conflitos, atualmente a paz vem da resolução destes. Nesse sentido, tem que haver o reconhecimento das diferenças e identificar os interesses individuais e coletivos de cada uma das partes.

Os valores continuam intrínsecos na sociedade, e é possível enxergar que eles se renovaram com os novos procedimentos adotados pelo direito se tratando do acesso à justiça. Através do estudo da estruturação jurídica, é imprescindível a efetivação da atuação jurídica multidisciplinar, não somente a figura Estatal como único meio de solucionar questões e trazer segurança às partes.

Diante do exposto, no que cerne o inventário extrajudicial, é uma opção eficiente e que proporciona a família uma espécie de aconchego, visto que não enfrentarão a burocracia judicial e assim terão tempo necessário para enfrentar o luto natural de perder um ente da família. Nota-se que estas alternativas ainda estão se inserindo no ramo do direito. Por isso, cabe aos advogados observarem elo entre o conhecimento e a melhor solução. Esses têm o dever de apresentar tais estratégias à família, pontuando seus benefícios como a maior celeridade no processo, a economia e o menor impacto causado à família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evoluiu de forma que, passa-se de um conflito formado de lutas, sangue e violência, para conflitos por ideias divergentes, sendo assim, são conflitos que, em tese, seriam mais fáceis de resolver. Todavia, a sociedade evoluiu, mas, alguns aspectos ainda continuaram vivos. A saga pela busca da razão, atrelado à necessidade de vencer; a sensação de poder, e o dever de guerrear pelos seus interesses, faz com que a resolução de tais conflitos não sejam tão simples como o esperado.

A Mediação, sendo um método repleto de virtudes e que está de sempre à disposição da sociedade, carece de mais participação interdisciplinar no sistema judicial. Os conhecimentos científicos extraídos desse método que destaca a comunicação, a psicologia em face dos indivíduos, relata uma parte que é deixada de lado, quando se fala em conflito: a parte pacífica humana. Apesar da sede pela resolução, por obter vantagem

e ter seus interesses defendidos, as partes durante a mediação são convidadas a trocar de lado, para abandonar o seu estigma e se juntarem para chegar a uma conclusão benéfica e justa a ambas.

Embora o tema central esteja situado no campo do Direito, é necessário destacar a importância dos aspectos psicológicos, sociológicos e econômicos que suscitam os conflitos, haja vista que o protagonismo pertence aos conflitantes e não ao Judiciário. Em um conflito, há uma disputa que costuma ser caracterizada por duas partes como adversárias, ou inimigas, porém, não é o que se espera de uma relação familiar.

Diante do exposto, através das leis que regulamentam os meios alternativos de resolução de conflito, é possível a aplicação desse meio no âmbito do direito sucessório.

Faz-se necessário que a sociedade se aprofunde no conhecimento desses meios, a fim de evitar a morosidade do processo no Estado.

Nota-se que, o fato de o Estado exercer uma postura burocrática em relação à solução do conflito, faz com que as partes se desgastem mais ainda durante o processo. A necessidade de inserir esse método se dá na forma eficaz de diminuir os danos causados às partes, ainda levando em consideração a situação de conflito, no qual envolve pessoas que têm um vínculo e que buscam acima de tudo, preservar a afetividade, visto que o conflito sucessório em que envolve herdeiros é necessário ter cautela e harmonia, utilizando o método mais adequado para compreensão das vontades, preservação dos valores e resolução do conflito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 19. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 18 de set. 2022.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões: inventário e partilha.** 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161-205.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 7. ISBN 9788553605859. E-book.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes et al. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3. ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-8811-1. E-book.

LUDGERIO, Lenon Alves. **Inventário Extrajudicial: controle, fiscalização e publicidade.** Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6674/1/109587_Lenon.pdf. Acesso em: 18 de set. 2022.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos / trad. Magda FranC\$a Lopes.** 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZARROBA, Orides. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo.** 7 ed. São Paulo: saraiva, 2017.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O Direito das Sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional.** 2019. 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/31687>. Acesso em: 01 de nov. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2018. 100 p. ISBN 978-85-5479-032-5. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/40368077/Media%C3%A7%C3%A3o_no_direito_familista_e_sucess%C3%B3rio?from=cover_page. Acesso em: 29 de set. 2022.

SANDER, T. **O Notário como Instrumento de Mediação do Direito e como Agente da Paz Social**. 2005. Não paginado. Artigo Científico. Boletim jurídico. Uberaba, Minas Gerais, 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-notarial-e-registral/663/o-notario-com-o-instrumento-mediacao-direito-como-agente-paz-social>. Acesso: 30 de set. 2022.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Processo Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol.1. 58. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 451. P. ISBN 978-85-309-7733-7. E-book.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FASHION LAW: UMA ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA INDÚSTRIA DA MODA

FASHION LAW: AN ANALYSIS OF THE PROBLEM OF CONTEMPORARY
SLAVE LABOR IN THE FASHION INDUSTRY

Ana Júlia Saldanha Caldas

anajucaldas@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/8134713167462032>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Luiz Gustavo Ferreira Duarte

luizgustavoduarteavg@outlook.com

<http://lattes.cnpq.br/9010633049663013>

Sarah Letícia Silva Pinheiro

sarahleticiasr@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/1537610334109964>

RESUMO: A indústria da moda é de suma relevância para economia e conta com uma grande cadeia produtiva. Apesar de sua importância, o desenvolvimento da indústria da moda e de seus processos produtivos geraram também consequências negativas para a sociedade, como desrespeito à propriedade intelectual, problemas ambientais, infrações às normas laborais. A área de estudo denominada *Fashion Law* preocupa-se em estudar a relação entre a indústria da moda e o direito. Assim, o presente trabalho busca adentrar nos estudos do *Fashion Law* para tratar do trabalho análogo ao escravo contemporâneo na indústria da moda. Para tanto, optou-se pelo método dedutivo através da forma exploratória, utilizando de pesquisa bibliográfica, por revisão de literatura, artigos, legislações. O ordenamento jurídico brasileiro assegura os direitos trabalhista, por isso proíbe e pune as práticas que violam os direitos fundamentais dos trabalhadores. O trabalho análogo à escravidão é um tipo penal previsto no artigo 149 do Código Penal. Com base na definição deste artigo verifica-se números significativos de casos de trabalho análogo ao escravo na indústria da moda geralmente associados à terceirização e à imigração. Este fato é verificado em diferentes países e está ligado ao sistema *Fast Fashion*. Considerando o tamanho da indústria da moda e os direitos que são desrespeitados ao longo dos seus processos de produção, atentar-se aos casos de trabalho análogo à escravidão é fundamental para garantia da dignidade da pessoa humana e do efetivo cumprimento das normas.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Penal. Fashion Law. Trabalho análogo ao escravo.

ABSTRACT: The fashion industry is very important for the economy and it has a large production chain. Despite its importance, the development of the fashion industry and its production processes also generated negative consequences for society, such as disrespect

for intellectual property, environmental problems, violations of labor standards. The study area called *Fashion Law* is concerned with studying the relationship between the fashion industry and law. Thus, the present work seeks to get in into *Fashion Law* studies to deal with contemporary slave labor in the fashion industry. Therefore, it was decided for the deductive method through exploratory form, using bibliographical research, literature review, articles, law. The Brazilian legal system guarantees labor rights, which it is why it prohibits and punishes practices that violate the fundamental rights of workers. Work similar to slavery is a criminal offense provided in the Article 149 of the Criminal Code. Based on the definition in this article, there are significant numbers of cases of work similar to slavery in the fashion industry, which are generally associated with outsourcing and immigration. This fact is verified in different countries and it is linked to the *Fast Fashion* system. Considering the size of the fashion industry and the rights that are disrespected throughout its production processes, paying attention to cases of work similar to slavery is essential to guarantee the dignity of the human person and the effective compliance with the rules.

Keywords: Labor Law. Criminal Law. Fashion Law. Labor similar to slavery.

INTRODUÇÃO

No estudo aqui presente, será realizada uma análise problemática a respeito do *Fashion Law* e sua importância para verificação do trabalho escravo contemporâneo existente na indústria da moda. O *Fashion Law* surgiu como um movimento no setor da moda para que as mais variadas peculiaridades do segmento pudessem ser resguardadas com a criação de métodos de proteção e diversas áreas do direito, dentre elas o Direito do Trabalho, o Tributário e o Penal.

Sob o prisma do Direito da Moda e da globalização, verifica-se que em meados da década de 1970 a forma de produzir roupas mudou completamente, passando a visar mais lucro com roupas baratas produzidas em maior escala e em menos tempo, surgindo com isso o *Fast Fashion* (ZANFER, 2021). Através da amplitude das redes sociais, essa tendência continuou a crescer, tornando o ciclo de vida do produto ainda mais curto. No entanto, esse sistema de produção se consolidou por meio do desrespeito a Direitos Fundamentais, de forma que a moda é a segunda em categoria de exportação que mais explora o trabalho forçado (ZANFER, 2021).

Com o *Fast Fashion* ganhando cada vez mais evidência, as quantidades de peças produzidas são cada vez maiores, de modo que o seu descarte também é feito em grande escala. Tal contexto corrobora para a proliferação da mão de obra análoga à de escravo, afetando sobretudo os países que promovem a mão de obra terceirizada abundante, na qual a maior parte dos afetados são mulheres ou imigrantes, de acordo os estudos do *The*

Global Slavery Index 2018, da fundação *Walk Free*, criada para buscar informações e gerar dados sobre a escravidão moderna. Esse fenômeno ocorre, pois, a indústria têxtil é extremamente dependente da mão de obra, o que costuma ser um dos maiores custos dessas empresas. Nessa conjuntura, são muitas as empresas que optam por terceirizar a mão de obra, fazendo com que ocorra uma precarização do trabalho (FILGUEIRAS, 2014).

São diversos os fatores que fazem com que a terceirização dos serviços ocorra, sobretudo a redução dos custos, devido dificuldades em identificar o empregador e por não haver vínculo com a empresa principal. Em geral, verifica-se um ambiente de trabalho precário com salários abaixo do mínimo legal. Ademais, o imediatismo do atual modelo industrial exige que a tomadora do serviço busque cumprir prazos rapidamente e supere positivamente o seu desempenho. Consequentemente, o trabalhador terceirizado é atingido, pois deve atender a essas expectativas, sacrificando o seu tempo de descanso e qualidade de vida, tendo em vista que ganham proporcionalmente ao que produzem.

Logo, percebe-se que o estudo desse tema é de grande importância para o direito, considerando que o fundamento basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é a Dignidade da Pessoa Humana, prevista em seu artigo 1º, inciso III, que visa a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. Outrossim, o Brasil é país signatário dos Direitos Humanos, justificando a atenção do direito à temática – direitos estes universais e inalienáveis –, que diz em seu artigo 4º “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Será verificado através deste estudo a problemática do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda, temática que se mostra relevante na conjuntura atual da sociedade. O artigo também tem como objetivo conscientizar sobre o processo que permeia o consumismo do sistema *Fast Fashion*, fazendo jus à interdisciplinaridade do *Fashion Law*. Dessa maneira, será possível averiguar o verdadeiro custo da moda e seus diversos impactos no meio jurídico, econômico e social, ao promover uma análise do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda. Para tanto, adotou-se o método dedutivo através da forma exploratória, utilizando de pesquisa bibliográfica, por revisão de literatura, artigos, legislações, reportagens jornalísticas e dados estatísticos.

O DIREITO E A INDÚSTRIA DA MODA

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves o direito é entendido como “o conjunto de regras com que se disciplina a vida em sociedade” (GONÇALVES, 2020, p.18). Uma vez que disciplina a vida em sociedade e esta é dinâmica é de se esperar que o direito sofra alterações conforme novas concepções e realidades são introduzidas, preocupando-se em disciplinar determinadas questões conforme as necessidades da sociedade são apresentadas.

A moda, por sua vez, vem do latim *modus* e pode ser compreendida “como a mudança periódica no estilo. Isto é, um incansável abandono do passado e da tradição para encontrar o novo, um instrumento de diferenciação e de reconhecimento de identidade” (SOUZA, 2020, p. 9). A indústria da moda é ampla, compreende os setores de vestuário, calçados, joias, beleza entre outros. Sua interferência no cotidiano da sociedade é significativa, visto que a sua cadeia produtiva impacta a economia, aspectos ambientais e escolhas individuais. Dessa forma, não há como distanciar o direito da indústria da moda.

Fashion Law pode ser traduzido como o Direito da Moda, trata-se do campo de estudo que se preocupa com a intersecção entre Direito e Moda. Seu desenvolvimento é recente e atribuído a advogada americana Susan Scafidi. Ocupava-se inicialmente com a propriedade intelectual, mas foi ampliado, passando a tratar também de outras problemáticas.

Explica Souza que:

O interesse de Scafidi por esse estudo não tradicional surgiu com a sua percepção quanto à necessidade de reformulação da legislação estadunidense em relação a proteção das criações de moda, tendo em vista que naquele ordenamento os *designs* têxteis e de vestuário são considerados utilitários e, portanto, no entendimento da autora, não passíveis de adequada proteção intelectual.

Neste sentido e fazendo importante contraponto, descreve Scafidi que, enquanto um falsificador que se dedica à reprodução não autorizada de marcas registradas corre o risco de responder judicialmente e de sofrer sanções civis e criminais, aquele que copia todos as características de uma peça de roupa, com exceção da etiqueta com a marca, está diante de uma prática comercial legal. Ou seja, cria-se uma brecha para os falsificadores (SOUZA, 2020, p. 17-18).

O *Fashion Law* foi sendo desenvolvido sem possuir um regramento específico e ligado a diversas temáticas e áreas do direito, como Propriedade Intelectual, Direito do

Trabalho, Direito Tributário, Direito Penal. Assim, o Direito da Moda atenta-se a todas aquelas questões que podem surgir ao longo da vida de uma peça de roupa, isto é, atenta-se as questões que envolvem a pré-produção, a produção, o consumo e o eventual descarte de uma roupa.

O vestir-se perpassa por diferentes aspectos, por um lado é uma necessidade, como para proteção do frio, por outro lado é uma forma de expressão, permitindo extrair da roupa o retrato de seu tempo. Esclarece Varizo que:

a origem da Moda se deu há milênios e como todo processo, possuiu sua evolução, aprimoramento e desenvolvimento ao longo dos anos, acompanhando sempre as mudanças ocorridas nas sociedades, estando sempre em consonância com o *zeitgeist*, palavra alemã introduzida por Johann Gottfried Herder (2013) e outros escritores românticos alemães que significa espírito de época, espírito do tempo ou sinal dos tempos ‘conjunto do clima intelectual e cultural do mundo, numa certa época, ou as características genéricas de um determinado período de tempo (HERDER, 2013 *apud* VARIZO, 2019, p. 16).

Nesse sentido, as mudanças na produção de roupas estão atreladas à industrialização, saindo de uma produção manual e restrita para a uma produção majoritariamente industrial, em larga escala e com menores custos. As alterações na produção mudaram os hábitos de consumo, consolidando o modelo de negócio das *Fast Fashion*. O sistema *Fast Fashion* é caracterizado pela alta rotatividade de produtos, motivo pelo qual busca incentivar o consumo por meio do barateamento de seus produtos que é feito por posturas questionáveis, tais como materiais mais baratos, grandes descartes, exploração de mão de obra (ZANFER, 2021).

No Brasil, a indústria da moda tem grande relevância na economia. Considerando o setor têxtil e de confecções, o país reúne todas as etapas da cadeia produtiva, além de possuir um grande mercado consumidor. No entanto, a indústria da moda apresenta problemas ao longo de sua cadeia produtiva, dos quais destaca-se a significativa incidência de trabalhos análogos à escravidão.

A ESCRAVIDÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DAS SOCIEDADES

“Desde que o homem é reduzido à condição de coisa, sujeito ao poder e domínio ou propriedade de um outro, é havido por morto, privado de todos os direitos, e não tem representação alguma” (MALHEIROS, 1866, pg.13). A escravidão transforma um ser humano em propriedade, anulando seu próprio poder deliberativo. Logo, é a prática social

em que um ser humano adquire direitos de propriedade sobre outro denominado por escravo, ao qual é imposta tal condição por meio da força (MTE, 2011).

No Brasil, a escravidão ocorreu desde o início do século XVI, com a colonização portuguesa, até o final do século XIX, com a exploração de mão de obra de índios e negros trazidos do continente africano pelos portugueses em suas embarcações. Sendo o destino preferido para o comércio de escravos, o Brasil impulsionou o tráfico negreiro, sobretudo na produção de açúcar, artesanatos, fumo e cereais (LIBBY, PAIVA, 2012).

Recepcionados pelo tratamento negativo, eles detinham de rotinas excessivas, condições climáticas extremas, alimentação precária e vestimentas resumidas a trapos. Ao fim do dia, se recolhiam em senzalas, locais sem iluminação, úmidos e com péssima higiene, além do fato de serem acorrentados para que não pudessem fugir. Em caso de descumprimento de alguma determinação recebiam castigos físicos, eram torturados e veemente repreendidos quando manifestavam sua religião africana (FREYRE, 1933).

Silva (2014) pontua que:

A despeito de se desconhecer a origem da escravidão, sabe-se que ela permeia o desenvolvimento da sociedade humana ao longo de sua história. O seu desenvolvimento ocorreu de muitas formas diferentes e em diversos lugares do mundo. Destaca-se, nesse ínterim, a escravização do negro africano, a partir do século XV, que subsidiou o sistema escravagista do Brasil Colonial. Em terras brasileiras, pelo menos em teoria, o trabalho escravo existiu até meados do século XIX, quando foi assinada a Lei Imperial n. 3.353/1888, conhecida como Lei Áurea. Evidencia-se, contudo, a existência na atualidade de formas de trabalho análogas à escravidão, em que pessoas são identificadas sob um regime de exploração que lhes usurpa os direitos, tanto humanos quanto sociais, e as liberdades, tanto individuais quanto coletivas. A análise e comparação de características como: as formas de aliciamento e de transporte do escravo, os mecanismos de aprisionamento físico e psicológico do indivíduo ao sistema exploratório, o ambiente de trabalho, além das sanções aplicadas e do valor do trabalhador para o seu patrão ou proprietário, permite qualificar o atual sistema de exploração escravista como mais degradante para o ser humano do que a sua versão colonial. Isso porque, no modelo antigo, o escravo era, pelo menos, visto como uma propriedade do seu senhor, cuja perda gerava prejuízo. Além disso, o indivíduo e o próprio sistema escravocrata da época eram socialmente percebidos, o que, por vezes, propiciava o surgimento de movimentos abolicionistas. Já o seu paralelo contemporâneo não é socialmente reconhecido, existindo à margem da sociedade e das leis. E o combate à sua exploração limita-se à atuação de alguns órgãos estatais e de organismos não governamentais. Além disso, a pessoa submetida a esse sistema, por vezes, desconhece a sua própria condição e acredita que existe um contrato, ao menos moral, entre ela e o tomador do serviço, que a obriga a cumprir o seu trabalho até a quitação dos débitos involuntariamente contraídos. Essa é a realidade da atual escravidão brasileira: degradante, ilegal e imoral, guiada, única e exclusivamente, por uma busca inescrupulosa pelo lucro (SILVA, 2014, p 74).

A escravidão no Brasil perdurou por mais de três séculos e foram milhões de pessoas exploradas durante esse período. Vergonhosamente o Brasil foi o último país da América a acabar com a escravidão. Somente com a adoção dos ideais do liberalismo e do iluminismo, que a escravidão passou a ser criticada e severamente questionada. Os liberais achavam que a privação da liberdade não combinava com a nova etapa do capitalismo industrial. Devido a várias pressões, em 13 de maio de 1888, foi aprovada pelo Senado e assinada pela Princesa Isabel, a Lei Áurea (BRASIL, 1888).

Livres e entregues à própria sorte, a falta de planejamento para libertação dos escravos, culminou com essas pessoas sem saberem exatamente o que fariam com sua liberdade, formando um continente de indivíduos sem trabalho e sem qualificação.

A obrigação de toda sociedade civilizada é combater o trabalho escravo que de certa forma, se relaciona, de modo direto com o direito à liberdade presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em tese, desprende-se que o processo escravagista no Brasil se exauriu, tornando-se ilegal essa prática, no entanto, esta ainda se perpetua até a modernidade, passando por modificações e evoluções no decorrer do tempo, desenvolvendo-se e assumindo uma nova faceta, o que hoje denominamos de trabalho análogo ao de escravo.

A Portaria nº 1.293, de 28 de dezembro de 2017, dispõe sobre os conceitos de trabalho em condições análogas à de escravos tais como explicitados nos seguintes artigos: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; cerceamento do uso de qualquer meio de transporte; manutenção de vigilância ostensiva; entre outros. Esclarecendo e conceituando o trabalho análogo a escravidão essa portaria ampliou a possibilidade de análise das condições análogas ao escravo.

Considera-se trabalho análogo à escravidão todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para qual ela não tiver se oferecido espontaneamente, além de trabalhadores em condições degradantes de trabalho, o cerceamento da liberdade e outras violações do direito humano. O que diferencia o trabalho escravo ao trabalho análogo ao de escravo é o fato de que no caso do trabalho escravo, o trabalhador é o próprio objeto, ele possui um dono que define sobre todos os aspectos da sua vida, inclusive como se usufrui livremente sobre ela. Segundo Jairo Lins de Albuquerque Sento- Sé:

[...] trabalho escravo é aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador (SENTO-SÉ, 2001, p. 27).

De acordo com José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2014), podemos definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade. Repetimos, de forma mais clara, ainda: é a dignidade da pessoa humana que é violada, principalmente, quando da redução do trabalhador à condição análoga à de escravo. Tanto no trabalho forçado, como no trabalho em condições degradantes, o que se faz é negar ao homem direitos básicos que o distinguem dos demais seres vivos; o que se faz é objetificá-lo; dar-lhe preço, e o menor possível.

Atualmente, no trabalho análogo à escravidão, uma legião de trabalhadores vende sua força de trabalho por preços irrisórios e em condições precárias. Não é mais o ser humano que é considerado como mercadoria, mas a força do seu trabalho. Fazendo emergir o trabalho escravo contemporâneo, que se estrutura através da vulnerabilidade socioeconômica, o aliciamento e a imigração. Essa violação do trabalho escravo contemporâneo não é só uma violação trabalhista, nem tão pouco se trata da escravidão do período colonial, ela não prende mais o indivíduo a correntes, contudo compreende outros mecanismos, que acometem a dignidade e a liberdade do trabalhador e o mantêm submisso a uma situação de extrema exploração.

Paralelamente ao conceito de trabalho análogo a escravidão, o trabalho forçado também integra as formas contemporâneas de escravidão. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) descreve, em sua convenção n. 29 de 1930, o trabalho forçado ou compulsório como todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de uma sanção e para o qual a pessoa não se ofereceu espontaneamente. Seu conceito é vasto e abrange inúmeras práticas coercitivas de trabalho, que ocorrem em todos os tipos de atividades econômicas e em todas as partes do mundo. A maioria das situações de trabalho escravo ou tráfico de pessoas é, contudo, abrangida pela definição de trabalho forçado da OIT. Já que ele se refere tanto a situações em que as pessoas são coagidas a trabalhar com

uso da violência ou intimidação, quanto por meios mais sutis, como a servidão por dívidas, retenção de documentos ou ameaças de denúncias as autoridades de imigração.

OS DESDOBRAMENTOS DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NA INDÚSTRIA DA MODA

Partindo da ideia contemporânea de escravidão já explicitada em exposições anteriores e da evolução da indústria da moda, será abordado aqui, o elo existente entre essas, e os principais envolvidos: a terceirização e a imigração que concretizam a escravidão contemporânea. Segundo dados da Associação Brasileira da Indústria Têxtil de Confeção (ABIT) o ramo da moda é a segunda indústria que mais gera empregos no Brasil. Por outro lado, de acordo com o “*The Global Slavery Index*” da fundação *Walk Free*, estudos demonstraram que a moda é o segundo maior setor que usa do trabalho escravo, no mundo, e grande parte desses explorados corresponde a mulheres, com 71% dos dados. Deixando evidente que um dos pilares de sustentação dessa indústria é a exploração do trabalho indigno (BRITO FILHO,2014).

O *Fast Fashion*, modelo inovador que veio com a promessa de democratizar o mundo da moda, com roupas mais baratas e produzidas em tempo recorde e em larga escala, reproduz o que se consome nas marcas renomadas e expande versões de qualidade inferior. O sistema *Fast Fashion* tem assídua colaboração no encurtamento do ciclo de vida do produto, na obsolescência programada. Assim,

Além da sensação de que os produtos que acabaram de ser lançados são mais atualizados que os adquiridos anteriormente. Do ponto de vista social, como não há garantia de volume de produção de roupas, as empresas prestadoras desse tipo de serviço mantêm um número reduzido de funcionários contratados e, quando a demanda pela produção aumenta, ocorre a quarterização e até a quinterização do serviço, sendo que nestes dois últimos casos o processo ocorre de forma informal e com preços ainda mais reduzidos (ZANFER,2021).

Nesse ambiente de exploração do trabalho, a mão de obra análoga à escravidão se prolifera. Alguns dos principais focos de trabalho escravo estão na China, Bangladesh e Camboja, mas também em países da América. A exemplo disso pode ser citada a loja *e-commerce* chinesa *Shein*, que não dá detalhes sobre os locais e condições de manufatura das suas produções.

Em 2011, a Zara admitiu em depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Trabalho Escravo da Assembleia Legislativa de São Paulo que uma empresa

terceirizada de confecção realizava trabalho escravo e que não havia monitoramento dos fornecedores (OJEDA, 2014).

Com a difusão da indústria têxtil, tendo como objetivo, atender os padrões sociais e anseios econômicos, acelerando incrivelmente, a produção de costura e conseqüentemente a mão de obra. Sendo assim, existe o aumento da concorrência, por outro lado, para os trabalhadores não existe valorização. As grandes empresas, sempre em busca de obter altos lucros, contratam confecções para terceirizar a mão de obra na fabricação das peças, com baixo custo de produção. A prática da terceirização é corriqueira no mundo da moda, desde grandes marcas até pequenos empresários.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2014), a terceirização insere o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a estes os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. Ou seja, o empregado não possui vínculo com o tomador do serviço, mas com um terceiro que faz a relação entre eles, uma empresa delega uma função para outra realizar.

Nessa cadeia produtiva não são raras as confecções terceirizadas que utilizam a mão de obra análoga à escravidão. Espalhadas por todos os cantos, as confecções podem funcionar de maneiras diversas. Uma das práticas mais comuns é que essas confecções “clandestinas” estejam em locais de pouco acesso, sem identificação, com espaços físicos reduzidos, sem qualquer abertura (como janelas), com ligações elétricas irregulares e, quase sempre, funcionando como espaço de trabalho e moradia para seus funcionários.

Em setembro de 2017, dez bolivianos foram resgatados por fiscais federais em três oficinas que produziam roupas de grife. Eles trabalhavam mais de 12 horas por dia em oficinas precárias da capital paulista, ganhando em média R\$ 5 para costurar peças das marcas de luxo *Animale* e *A.Brand* vendidas por valores até 120 vezes superiores (LAPORTA, 2017).

Os costureiros subcontratados trabalhavam no mesmo local onde dormiam, dividindo o espaço com baratas e instalações elétricas que ofereciam risco de incêndio. Além dos trabalhadores, cinco crianças moravam nos locais e brincavam em meio as máquinas e rolos de tecido. As grifes pertencem ao Grupo Soma, que também responde por outras cinco marcas: *Fábula*, *Farm*, *Foxton*, *FYI* e *Más Animale* (LAPORTA, 2017).

Nesse sentido devemos elencar que a tomadora de serviço deve se atentar as suas contratações, fiscalizar o local, verificar as condições de trabalho e a capacidade produtiva dos funcionários, se estão reguladas, bem como a de suas terceirizadas, já que

quem terceiriza possui responsabilidade subsidiária conforme a Lei nº 6.019/74, no que tange os direitos trabalhistas. Já que quando realizada visando apenas a celeridade e o lucro do negócio, o que se atinge é justamente as violações trabalhistas, pois além de trabalhadores não qualificados para o serviço, há impactos na produção, na qualidade do serviço e desempenho.

O imediatismo desse modelo industrial exige que a tomadora do serviço busque cumprir prazos rapidamente e supere positivamente o seu desempenho. Isto atinge o trabalhador terceirizado que deve atender a essas expectativas, sacrificando o seu tempo de descanso, afinal, o que estes trabalhadores ganham dependem exclusivamente da sua produção. Quanto mais produzir, mais ganha, ainda que seja um mísero valor.

Assim, como constatou o canal de investigação britânico *Chanel 4*, que enviou um dos seus funcionários disfarçado para um galpão de costura da *Shein* em Panyu na China, e chegando lá ele se deparou com funcionários que trabalham com uma jornada excessiva, com apenas uma folga semanal e ganhando aproximadamente R\$ 0,20 centavos por peça produzida (ESTEVÃO, 2022). No Brasil há um grande número de imigrantes latino-americanos, principalmente bolivianos, venezuelanos e demais estrangeiros que chegam em busca de uma condição de vida melhor e acabam caindo nas garras de aliciadores, culminando em trabalhar dezenas de horas diárias, não possuindo direito a folga e, ainda, recebem salários baixíssimos (FREITAS, 2013).

Tendo em vista a dificuldade dessas pessoas de encontrarem empregos formais, normalmente se condicionam a trabalhos desgastantes e deploráveis para manterem a si e suas famílias, culminado com o processo de terceirização nas confecções, este ramo de atividade apresenta grandes índices de estrangeiros trabalhando, principalmente bolivianos. Com relação ao trabalho desses indivíduos, é exigido que estejam legalmente autorizados a isso, não basta aquela primeira autorização de entrada no país. A proteção do trabalhador estrangeiro se encontra internacionalmente no preâmbulo da OIT com a seguinte redação:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, [...] à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro [...] (OIT, 1948, p.02).

O trabalhador imigrante é utilizado como mão de obra barata, principalmente àqueles que se encontram no país de maneira ilegal, condição que permeia espaço para o trabalho escravo. Visto que, estes trabalhadores subordinam as condições em razão da esperança de com o trabalho, conseguir uma melhor qualidade de vida e de sua família.

Conseqüentemente, estes indivíduos não conseguem se inserir no que o ordenamento jurídico propõe, já que inúmeros desses trabalhadores estrangeiros foram aliciados em seus países de origem com falsas promessas de emprego, ou que vivem isoladamente no próprio local de trabalho e em condições degradantes, sem parentes no país em que passaram a residir e, em relação ao Brasil, desconhecendo a língua e a legislação brasileira. A indústria de confecções é atrativa para estas pessoas, pois há a promessa de bons salários, alojamentos e comidas grátis, o que relativamente ocorre, contudo em péssimas condições, os deixando em situação de abandono, miséria e vulnerabilidade.

É notório dizer que o setor têxtil se beneficia com a exploração de mão de obra em condições análogas à de escravo, tirando proveito da extensa cadeia produtiva da moda e da adoção habitual de terceirização dos serviços de confecção. Ainda que haja previsão de crime no artigo 149 do Código Penal, o problema decorre da morosidade na justiça brasileira na efetiva aplicabilidade da lei em situações práticas, o que contribui para a prescrição do crime. Devido a essa questão, algo que em termos práticos surtiria um maior efeito seria impetrar uma ação civil pública cumulada com dano moral, lesão a interesse coletivo (dano moral coletivo) para que houvesse uma efetiva responsabilização (ROSSI, 2020).

Em consequência do desastre do *Rana Plaza* em Bangladesh, o qual deixou 1.133 mortos e 2.500 feridos, em sua maioria funcionários de fábricas de vestuário exercendo atividades correspondentes à escravidão contemporânea (ROSSI, 2020). Surgiu o movimento *Fashion Revolution*. Movimento que surgiu com a iniciativa de criação através de um Conselho Global de importantes nomes do ramo da indústria da moda sustentável, os quais buscavam conscientizar a população mundial sobre o real custo da moda e seu impacto sobre o ser humano e no meio ambiente ao longo do processo produtivo e do consumo.

E devido a esse movimento, eis que surge o Índice de Transparência da Moda, que se tornou uma ferramenta de auxílio nesse combate. Esse índice existe no mundo desde 2016, e somente chegou ao Brasil em 2018 para revisar e classificar 20 das maiores marcas que operam no país. Para reforçar sua

relevância como um dos principais atores do setor, o Brasil é o primeiro país a ter uma edição nacional desse índice, o que ressalta a importância da necessidade de se aprofundar as discussões sobre a importância da transparência para haver melhores práticas dentro do setor da moda nacional (CASTRO, 2019, p.81).

Por último, faz-se necessário frisar que em janeiro de 2019, o Presidente da República Jair Bolsonaro extinguiu o Ministério do Trabalho e o juntou com o da Economia, ficando concentrado no mesmo local fiscal da Receita Federal e do Trabalho, não havendo mais liberdade para realizar tais diligências, estando atualmente paralisadas essas fiscalizações, não havendo meios ou condições para dar prosseguimento a esse combate (SENADO, 2021).

Ainda que atitudes já tenham sido tomadas por parte do governo brasileiro para promover o combate e a consequente erradicação do trabalho análogo à escravidão, esse processo de fiscalização, constatação, autuação, repressão e de prevenção deve e precisa ser aprimorado para que no futuro consiga-se atingir o resultado pretendido. O que se torna notório é que mesmo havendo a assinatura da Lei Áurea, documento que, em teoria, teria oficializado o fim da escravidão no país, esta prática conseguiu resistir ao transcurso temporal e ainda se mantém viva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo exposto neste artigo é notório perceber a relevância do tema, tendo em vista o afrontamento que ele representa para a CRFB/1988, que possui a dignidade da pessoa humana como base de seus princípios e anseios. O trabalho análogo à escravidão é grave e se torna cada vez mais abundante ao observar o mundo globalizado, pois com a moda cada vez mais volátil, é indiscutível que o consumismo aumente e dê continuidade ao sistema de escravidão que faz de pessoas vulneráveis econômica e socialmente seus reféns.

No aspecto do consumismo e do sistema *Fast Fashion*, verifica-se diversos impactos no meio jurídico, econômico e social, promovendo uma problematização do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda. Isto pois, conforme já analisado, as mudanças na produção de roupas estão atreladas a industrialização, saindo de uma produção manual e restrita para a uma produção industrial, em larga escala e com menores custos. É fato que o setor da moda depende amplamente da mão de obra, elemento que pode vir a encarecer a cadeia de produção. No entanto a indústria têxtil apresenta

problemas ao longo de sua cadeia produtiva, com larga incidência de trabalhos análogos à escravidão, como por exemplo: o trabalho forçado, a jornada exaustiva, as condições degradantes de trabalho, dentre outros.

Dentre os principais fatores que corroboram para a escravidão contemporânea estão: a terceirização e a imigração. Conforme já visto, estudos do *The Global Slavery Index 2018*, da fundação *Walk Free*, comprovam que a moda é o 2º maior setor que usa do trabalho escravo, no mundo, e grande parte desses explorados corresponde a mulheres, com 71%. Ademais, explorou-se que o trabalhador imigrante é utilizado como mão de obra barata, sobretudo àqueles que se encontram no país de maneira ilegal, condição que abre espaço para o trabalho escravo. Consequentemente, a dificuldade de inserir esses indivíduos no ordenamento jurídico propicia a vulnerabilidade e o aliciamento que ocorre desde às falsas promessas de emprego, desconhecimento do idioma e até mesmo dos direitos que lhe são garantidos, gerando uma banalização dos direitos humanos cada vez mais frequente e preocupante.

Conclui-se, portanto, que o trabalho escravo contemporâneo ultrapassa a uma violação trabalhista, tendo em vista que acomete a dignidade e a liberdade do trabalhador e o mantém submisso a uma situação de extrema exploração, configurando um tipo penal. Tal fato é um ataque direto aos direitos humanos e também daqueles vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso autoriza pensar o quão falho é a fiscalização no que diz respeito às minorias social e economicamente vulneráveis, que acabam por ter seus direitos cerceados por uma quantia que não é nem sequer dentro dos padrões mínimos aceitáveis. Nesse contexto se faz cada vez mais necessário agir contra o sistema que programa o ser humano a consumir de forma desenfreada. Ter conhecimento da cadeia produtiva de um produto é indispensável para o cumprimento do papel efetivo da cidadania, afinal, combater a escravidão, seja ela qual for, é um dever de todos. Nada obstante, é possível constatar a necessidade de aprimorar as ferramentas de investigação, além de conscientizar a sociedade sobre essa problemática e punir quem pratica este delito para que se diminua o número de trabalhadores nesta condição.

REFERÊNCIAS

ABIT Têxtil e Confeção. **Perfil do setor**. 2018. Disponível em: <https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>. Acesso em: 04 de out. 2022.

ALMEIDA, Amanda Reis. **O trabalho escravo contemporâneo nas indústrias de confecções da moda brasileira.** Disponível em:
<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/13419/1/amandareisdealmeida.pdf>. Acesso em: 25 de out. 2022.

ALMEIDA, Orlando José de; PAULA, Luana Otoni de. **Fashion law e direitos humanos.** Migalhas, 2019. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/288311/fashion-law-e-direitos-humanos>. Acesso em 25 de out. 2022.

BRAGA, Cristiano Prestes. **O que é fashion law.** JusBrasil, 2021. Disponível em:
<https://cpbraga.jusbrasil.com.br/artigos/757792790/o-que-e-fashion-law>. Acesso em: 25 de out. 2022.

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

BRASIL. **Portaria nº 1.293, de 28 de dezembro de 2017.** Disponível em:
https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1293_17.html. Acesso: 25 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.019, De 3 De Janeiro De 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm Acesso: 25 de out. 2022

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 12 de dez. 2022.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução.** Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 41-56, jun. 2014. ISSN 2236-6334. Disponível em:
<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1714/2135> Acesso em: 26 out. 2022.

CASTRO, M. S. **Marcas famosas e uso de trabalho em condição análoga a de escravo.** In. SOARES, R. D. B. M. (Coord.). *Fashion law: direito da moda coordenação* Renata Dominguez Balbino Munhoz Soares. São Paulo: Almedina, 2019.

DANTAS, G. C. S. **O surgimento da moda.** Brasil Escola. Disponível em:
<https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/o-surgimento-moda.htm>. Acesso em: 26 out. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** Editora LTr, 13ª ed. São Paulo, 2014.

ESTEVIÃO, Ica Maria. **Custo humano: Shein é denunciada por trabalhos análogos à escravidão.** Jornal Metrópole, 2022. Disponível em:

2011/#:~:text=(PSDB)%2C%20sobre%20a%20exist%C3%Aancia,onde%20foram%20encontrados%20os%20trabalhadores. Acesso em: 24 de out. 2022.

ONG REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar! uma abordagem sobre trabalho escravo contemporâneo na sala de aula e na comunidade.** Repórter Brasil (Programa “Escravo, nem pensar!”) – São Paulo: Repórter Brasil, 2012. 2ª ed.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.** Brasília – DF, 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 de out. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Normas internacionais sobre trabalho forçado.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_393063/lang-pt/index.htm. Acesso em: 26 de out. 2022, às 18h.

ROSSI, Beatriz Hamburgo. **Fashion law: o trabalho escravo na cadeia produtiva da moda.** Trabalho de conclusão de curso de Direito, Faculdade Mackenzie. São Paulo, 2020.

SENADO, Agência. **Senado confirma medida que recriou o Ministério do Trabalho e Previdência.** Senado Notícias, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/23/senado-confirma-medida-que-recriou-o-ministerio-do-trabalho-e-previdencia> Acesso em: 26 de out de 2022.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade.** Editora LTr, 1ª ed. São Paulo, 2001.

SILVA, Ivone Maria Ferreira; BOAVENTURA, Bruno J.R. **O trabalho escravo como expressão latente da questão social.** Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 124-139, 2014.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira. **Criminal Fashion Law: Intervenção penal na Indústria da Moda.** Orientador: Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira. 2020. p. 66. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-22032021-155627/publico/8483007_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 26 de out. 2022.

VARIZO, Renan André dos Reis. **Fashion Law, trabalho Escravo e Responsabilidade Civil – Análise do Mundo da Moda.** Orientadora: Profª. Drª. Renata Domingues Balbino Munhoz Soares. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, p. 65, 2019. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30159/RENAN%20ANDR%C3%89%20DOS%20REIS%20VARIZO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de out. 2022.

WALK FREE FOUNDATION. **The Global Slavery Index 2018.** Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1Y4aCodxSGgsq35M1PtNJDDMfgHANrdvo/vie> Acesso em 24 de out. 2022.

ZANFER, Gustavo. **O modelo *fast fashion* de produção de vestuário causa danos ambientais e trabalho escravo.** Jornal da USP, 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/o-modelo-fast-fashion-de-producao-de-vestuario-causa-danos-ambientais-e-trabalho-escravo/>. Acesso em: 25 de out. 2022.

A (IM)POSSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL PERANTE OS ATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE (IM)POSSIBILITY OF REVERSING THE BURDEN OF PROOF IN THE CRIMINAL PROCEDURE BEFORE ADMINISTRATIVE ACTS AND THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Carlos Vinnicius Gonçalves Silva

<http://lattes.cnpq.br/2832370931288385>

Moisés Bento Lacerda Neto

<http://lattes.cnpq.br/0256186203573613>

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo suscitar reflexões sobre a (im)possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, frente à tensão entre a presunção de veracidade dos atos administrativos e o princípio da presunção de inocência. O tema se mostra de extrema relevância, pois está interligado a defesa das garantias constitucionais do indivíduo capazes de proteger o cidadão de possíveis arbitrariedades por parte do Estado. Para tanto, foram utilizados os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, destacando princípios da Lei Processual Penal e o pensamento de parcela da doutrina clássica nacional sobre a temática associado a estudos complementares. Por fim, o presente estudo gera sensível coloboração ao mundo científico, uma vez que promove debate acerca da possibilidade de aplicação concomitante de princípios constitucionais na esfera penal, com o objetivo de fomentar o estudo doutrinário e análise do comportamento jurisdicional, tendo em vista que o tema atividade probatória é considerado termômetro do processo penal, para aferir seu nível de garantismo.

Palavras-chave: Processo Penal; Inversão do Ônus da Prova; Presunção de Inocência; Atos Administrativos; Depoimento Policial.

ABSTRACT: This study aims to raise reflections on the (im)possibility of reversing the burden of proof in criminal proceedings, in view of the tension between the presumption of veracity of administrative acts and the principle of presumption of innocence. The theme is extremely relevant, as it is interconnected with the defense of the individual's constitutional guarantees capable of protecting the citizen from possible arbitrariness on the part of the State. For that, bibliographical and documentary research methods were used, highlighting principles of the Criminal Procedural Law and the thinking of a portion of the national classical doctrine on the subject associated with complementary studies. Finally, the present study generates a sensitive contribution to the scientific world, since it promotes debate about the possibility of concomitant application of constitutional principles in the criminal sphere, with the objective of promoting the doctrinal study and analysis of jurisdictional behavior, bearing in mind that the subject of evidentiary activity is considered a thermometer of the criminal process, to assess its level of guarantee

Keywords: Administrative Acts; Reversal of the Burden of Proof; Presumption of Innocence; Police Statement.

INTRODUÇÃO

No processo penal, diferentemente do processo civil, não existe distribuição de cargas probatórias, a incumbência da prova é um ônus da acusação. Fato é que, o processo se inicia com a necessidade de comprovação da afirmação existente na peça acusatória, denúncia ou queixa, feita pelo detentor da ação penal, ademais, o réu está protegido pelo princípio da presunção de inocência. Ou seja, a acusação tem o dever de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito, não obrigação, de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 591).

Ora, o processo é instruído por princípios constitucionais como o contraditório e a ampla-defesa. Todavia, observa-se que uma prática comum adota pela jurisprudência é a utilização exclusivamente do testemunho de agentes policiais como fundamento para uma sentença condenatória. Nesta toada, vemos resquícios da utilização do princípio da veracidade dos atos administrativos, do direito administrativo no processo penal.

A utilização do testemunho policial como principal prova de comprovação da autoria do delito é uma forma de inversão do ônus da prova, visto que pela atribuição da presunção de veracidade da palavra do agente policial o acusado fica incumbido de desconstruir aquela versão apresentada.

Mesmo que a ideia não seja deslegitimar a posição do policial como agente da justiça, não devemos negar o óbvio, o policial, civil ou militar, quando seu serviço durante a investigação preliminar ou prisão do acusado ou réu, acaba envolvendo-se naquele cenário, podendo deixar de agir com a mesma parcialidade de um estranho ao processo. Sendo possível o desenvolvimento de sentimentos, mesmo em nível subconsciente, de manter lisa e indúvidosa a apuração desenvolvida pela instituição a qual é filiado, além de, poder tentar justificar a prisão que ele mesmo realizou. (NUCCI, 2015, p. 343).

O método utilizado para o desenvolvimento do presente trabalho foi o dedutivo - afunilamento de ideias - juntamente com a análise bibliográfica, buscando em trabalhos, livros, artigos e revistas científicas, sítios eletrônicos e monografias, embasamento para uma conclusão. Ademais, foi realizada uma análise da jurisprudência mais recente sobre o tema para demonstrar o entendimento majoritário existente. Neste interim, foram exploradas as decisões mais recentes proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Por fim, objetiva-se com o presente artigo a investigar o alcance e possível da violação do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, corolário de ordem constitucional, e

verdadeiro postulado civilizatório e humanitário. (PINTO; LEITE, 2019). Assim como também é de relevância o debate acerca do ônus da prova, uma vez que, segundo Fabiana Lemes Zamolla (2006, p. 157), a atividade probatória é o “termômetro do processo penal, por meio do qual é possível aferir o seu grau de garantismo”.

1.1 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Na Idade Média, a inquisição possuía uma estrutura processual penal inquisitória: naquele período não se iniciava o processo com a inocência do acusado, mas sim com sua possível culpabilidade. Nesse sistema, a declaração da inocência ocorria somente quando o acusado a demonstrasse (purgativo da acusação), e bastava um simples indício à formação de um juízo condenatório. Deste modo, durante a transição dos modelos históricos de processo penal (do inquisitório ao acusatório), a presunção de inocência tomou uma função extremamente importante estruturalmente, principalmente no que diz respeito à liberdade e a prova (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 945).

O princípio da presunção de inocência se encontra positivado em importantes documentos no plano internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece, em seu artigo 9, que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”. O fim da Segunda Guerra Mundial foi importante para dar à presunção o status de direito humano fundamental, consagrando-a na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Posteriormente, esta foi incorporada ao Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, prescrevendo que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade” (BRASIL, 1992).

Outrossim, com a positivação de direitos e garantias na Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 5º (como em: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” no inciso LIII; “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” no inciso LIV; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” no inciso LV; e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” no inciso LVII), tanto o legislador como os magistrados foram obrigados a realizar uma filtragem do Código de Processo Penal à luz da Constituição, tendo em vista o caráter eminentemente inquisitorial que os idealizou (LOPES JUNIOR, 2020, p. 137-140).

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, conforme preconizado pelo art. 5º., inc. LVII, da Constituição Federal, determina que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória com trânsito em julgado. Tal mecanismo tem como intuito fixar que o ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa. Os indivíduos nascem inocentes, sendo este seu estado natural e sendo indispensável que o Estado-acusação demonstre a culpabilidade do réu através de provas suficientes ao Estado Juiz (NUCCI, 2015, p. 67).

A presunção de inocência é um conceito complexo, presente em diferentes dimensões no processo penal; entretanto, é necessário ressaltar que sua essência pode ser sintetizada nas normas de tratamento, probatória e de julgamento. A norma de tratamento exige que o acusado seja tratado como inocente, de forma interna e externa ao processo. Já a norma probatória estabelece que a carga da prova é inteiramente do acusador; e, por fim, temos que o stand probatório deverá ser suficiente para um decreto condenatório, devendo ser alcançadas respostas acima da dúvida razoável, sendo a norma de julgamento ligada à presunção de inocência (LOPES JUNIOR, 2020, p. 135-143).

Além disso, o princípio da presunção de inocência é tão amplo que não pode ser analisado isoladamente. É necessário confrontá-lo com outros valores constitucionais; citamos, por exemplo, a efetividade da Justiça penal (CF, art. 5º., XXXV), que é de suma importância para garantir a segurança da coletividade e dos acusados - considerando que a segurança individual também é aceita como direito fundamental (CF, art. 5º., *caput*). A segurança pública se constitui como um dever do Estado, é direito e responsabilidade de todos e tem como finalidade a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, *caput*) (MASSON, 2019, p. 820-821).

No passado, o princípio norteador do Código de Processo Penal era o da presunção da culpabilidade. Naquela época, haviam adeptos de uma suposta inconsistência lógica no raciocínio da presunção de inocência, considerando que, como seria possível a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente? Tal aceção ocorria pelo fato da política criminal extremamente autoritária vigente, que tinha como base a antecipação de culpa ou presunção de culpa (OLIVEIRA, 2021, p. 30-31).

Assim, Eugênio Pacelli Oliveira (2021, p. 31) traz algumas considerações acerca desta situação:

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é

inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a onda policiaesca do Código de Processo Penal produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras. É claro que é – e sempre será – muito difícil compatibilizar interesses tão opostos como aqueles representados pela necessidade de aplicação da lei penal (enquanto ela existir) e o exercício da liberdade individual.

Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, o ônus probatório deve seguir linhas de isonomia e proporcionalidade. Entretanto, é dever basilar o atendimento do princípio constitucional da presunção de inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. A afirmação de que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória traz consigo a implicação da transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação, sendo uma incumbência do acusador provar a existência do crime, além de sua autoria (OLIVEIRA, 2021, p. 413).

É esse o teor do artigo 386 do Código de Processo Penal, que em seus incisos II, V e VII determina que, perante a inexistência de prova da autoria ou da materialidade do crime, ou nos casos em que não exista prova suficiente para a condenação, deverá ser decretada a absolvição do acusado:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

II - Não haver prova da existência do fato;

(...)

V – Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1941).

Deste modo, a presunção de inocência e o ônus da prova da acusação determinam que a condenação penal ocorra somente com convencimento do juiz da culpa, em um parâmetro para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). E o convencimento do julgador poderá ocorrer somente em termos justificativos, devendo ocorrer o alcance cumulativo, observando a regra da presunção da inocência, o modelo de convencimento para além da dúvida razoável e a necessidade da motivação das decisões judiciais (SARLET, 2019, p. 1102).

1.2 DAS PROVAS

O Processo Penal é o meio pelo qual o Estado exerce sua pretensão acusatória e punitiva de forma legítima. Os princípios constitucionais devem nortear o desenvolvimento do processo, com ênfase no dever de provar concentrado nas mãos do acusador:

O processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere das cargas (por exemplo, probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas). O não aproveitamento de uma chance e a não liberação de uma carga, gera uma situação processual desvantajosa, conduzindo a uma perspectiva de sentença desfavorável. Às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 591)

Para desenvolver o tema, é necessário refletir sobre o sistema processual penal adotado pela legislação brasileira, possibilitando o entendimento do ônus de gestão da prova.

O sistema inquisitório foi adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, e posteriormente se consolidou por toda a Europa, sendo utilizado pelos Tribunais Civis até o século XVIII. É um modelo típico dos sistemas ditatoriais e tem como principal característica a função de acusar, defender e julgar concentrados em uma única pessoa, que assume a posição de um juiz acusador chamado de inquisidor. O sistema acusatório possui características totalmente opostas, possuindo uma clara separação entre o juiz e partes durante todo o processo, consolidando maior imparcialidade ao julgamento. Este é o sistema vigente na legislação pátria (LOPES JUNIOR, 2020, p. 55-60).

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes. É exatamente nesse sentido, aliás, o art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (DE LIMA, 2020, p. 44)

Analisando a primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, que não foi alterada pela Lei nº 11.690/08, a prova da alegação é de responsabilidade de quem a fizer. Portanto, perante esta regra, devemos refletir sobre qual é o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal. Uma primeira corrente entende que, partindo do critério estabelecido na legislação pátria (Código de Processo Civil, art. 373, inciso I; e art. 156 do Código de Processo Penal), a prova da alegação incumbirá a quem a fizer e caberá à acusação provar:

1. A existência do fato típico;

2. A autoria ou participação;
3. A relação de causalidade;
4. O elemento subjetivo do agente: dolo ou culpa.

Uma segunda corrente entende que, diante do princípio do *in dubio pro reo*, que é princípio basilar no campo penal, o acusado não poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para decisão do processo. Nesta perspectiva, em um processo em que vigora o princípio da inocência e o sistema acusatório, o ônus probatório é atribuído de forma exclusiva ao acusador. Exemplificando esta corrente, podemos citar a hipótese de alegação da defesa acerca da presença de uma excludente de ilicitude, onde caberá à acusação demonstrar que a conduta do agente é típica, ilícita e culpável.

Assim, podemos concluir que conforme a divisão do ônus da prova é feita entre a acusação e o réu, a acusação está incumbida do dever de provar os fatos constitutivos; e, ao acusado, cabe a prova de sua inocência quando alegar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, valendo-se sempre do teor da regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB). Para modificar o status de inocência do indivíduo apenas observando as regras do devido processo legal, conforme estabelecido pelo sistema acusatório onde o juiz está afastado da persecução penal, é delegado o dever da defesa da ordem pública ao Ministério Público, através do ônus de provar o fato descrito na denúncia (RANGEL, 2019, p. 804).

Assim, concluímos que pela regra do princípio da presunção de inocência, responsável pela regra de tratamento do *in dubio pro reo*, se determina o ônus da prova em desfavor precipuamente do Ministério Público ou querelante. A inversão do ônus da prova manifestaria uma adoção de regra contrária aos ditames constitucionais, simulando uma espécie de *in dubio pro societate* ou *in dubio contra reum*. Perante o mandamento constitucional do princípio da presunção de inocência, não existe outra possibilidade, se não concluir que nenhuma lei poderá inverter o ônus da prova com relação à condenação penal (DE LIMA, 2020, p. 680).

O papel da jurisprudência é assegurar ao direito um papel garantidor e emancipador, devendo ser repensado o conceito de segurança jurídica que deve agir como contrapeso a uma possível ditadura do Estado. É importante considerar sempre que o processo penal é voltado à reconstrução de um fato histórico, sendo a única maneira de obter uma versão aproximada do que ocorreu; nunca será o fato, mas uma versão aproximada deste (LOPES JUNIOR, 2017, p. 98). O objetivo da prova judiciária é claramente definido, visando reconstruir os fatos investigados no processo com o intuito de demonstrar a maior coincidência possível com a

realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos como ocorreram efetivamente no espaço e no tempo (OLIVEIRA, 2021, p. 422).

A palavra prova possui a mesma origem etimológica de *probo*, que advém do latim, *probatio* e *probus*, e denota as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Esta dá origem ao verbo provar, que tem significado de verificar, examinar, reconhecer por experiência; tendo relação direta com o campo de operação do raciocínio na busca e comunicação do conhecimento. Existem três acepções da palavra prova: prova como atividade probatória, prova como meio e prova como resultado (DE LIMA, 2020, 657-658).

Os meios de prova são todos aqueles utilizados pelo juiz, de forma direta ou indireta, para conhecer a verdade dos fatos; ou seja, os meios de prova são o percurso utilizado pelo magistrado para dar criar sua convicção acerca das alegações feitas pelas partes. A inspeção judicial pode ser considerada como meio de prova, assim como o indício, bem como tudo aquilo que o juiz utilizar para alcançar um fim justo no processo. O depoimento testemunhal é o meio de prova utilizado para formar a convicção do juiz sobre questões controvertidas dos autos (OLIVEIRA, 2021, p. 745).

Por anos vigorou o entendimento de que no Processo Civil, em que geralmente são debatidos direitos disponíveis, vigorava o denominado princípio dispositivo, cabendo somente às partes levar ao processo o material probatório necessário. Em contrapartida, no âmbito processual penal, são discutidos direitos indisponíveis ao acusado, como o da liberdade de locomoção; fato que daria ao magistrado amplos poderes instrutórios, podendo de *officio* determinar a produção de provas em busca da verdade material. Até então, pairava sobre o processo penal o princípio da verdade material, conhecido também como princípio da verdade substancial ou real (DE LIMA, 2020, p. 70).

O fruto desastroso dessa ideia de busca da verdade real talvez tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que atingiu consideravelmente a totalidade dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A crença de que a verdade estava ao alcance do Estado motivou a perseguição da realidade dos fatos de forma inquisitorial, o que resultou na mitigação de direitos fundamentais do indivíduo pelo infeliz desvio dos objetivos basilares das autoridades públicas. Somente com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 tais práticas foram dizimadas, através dos princípios do contraditório e da paridade de armas (OLIVEIRA, 2021, p. 429).

A busca da verdade real, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Talvez o mal maior causado pelo citado

princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. (OLIVEIRA, 2021, p. 429)

Tal fato ocorre pela valorização dos procedimentos e garantias da defesa, em contraposição à ideia de verdade real; respeitando sempre os princípios constitucionais (CALDAS, PRADO, 2020, p. 07).

Nesse sentido, o processo penal só poderia ser legitimado se pautado por uma verdade formal ou processual, condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa, em contraposição à ideia de verdade real. O julgador deveria, no exercício de suas funções, buscar a verdade processual, alcançada num processo que respeitaria as normas procedimentais, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes, sendo ainda dirigido por juiz imparcial. (CALDAS, PRADO, 2020, p. 07)

O sistema de avaliação da prova adotado pelo Código de Processo penal foi o do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova). Assim, cabe ao magistrado a valoração das provas constantes nos autos de forma livre, as quais possuem, legal e abstratamente, o mesmo valor; todavia, o julgador possui o dever de fundamentar sua decisão (DE LIMA, 2020, p. 681). O art. 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, demonstra a adoção do sistema do convencimento motivado, senão vejamos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

É válido destacar que uma mesma fonte e meio podem ser resultado de atos com naturezas jurídicas distintas e, com relação à valoração jurídica, podem ser divididos em dois grupos: atos de prova e atos de investigação. Em relação aos atos de prova é necessário frisar que: estão dirigidos ao convencimento do julgador da verdade de uma afirmação, e, estando a serviço do processo, integram o processo penal; buscam formar um juízo de certeza; são instrumentos da formação da sentença; exigem estrita observância dos princípios da publicidade, contradição e imediação; e são praticados ante o juiz que julgará o processo (LOPES JUNIOR, 2020, p. 272).

Diametralmente opostos estão os atos de investigação (instrução preliminar), que apresentam as seguintes características:

- Não se referem a uma afirmação, mas tão somente a uma hipótese;
- Estão a serviço da fase pré-processual;
- Servem para formar um juízo de probabilidade;
- Não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, considerando que são restritos;
- Servem para formação do *opinio delicti* do acusador;
- Não estão destinados à sentença, mas para demonstrar o *fumus commissi delicti*
- Servem para fundamentar decisões interlocutórias e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- São de responsabilidade do Ministério Público ou da Polícia judiciária (LOPES JUNIOR, 2020, p. 272-273).

Estes são colhidos através do inquérito policial, que é um procedimento administrativo inquisitório e preparatório cujo presidente é o Delegado de Polícia. Consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa, buscando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade do ilícito penal e viabilizando o ingresso a ação do Ministério Público em juízo (DE LIMA, 2020, p. 175). É válido ressaltar que, como visto na redação do art. 155 do CPP, a decisão do magistrado não poderá ser fundamentada exclusivamente nos elementos colhidos durante a investigação preliminar:

O art. 155 ressalta que o juiz não poderá fundamentar sua decisão, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos na investigação. Pode acontecer de o intérprete açodado entender que a palavra exclusivamente significa dizer que o juiz pode sopesar as provas do inquérito desde que em cotejo com as demais provas do processo. Nada mais equivocado. A palavra exclusivamente significa dizer que o juiz não deve levar em consideração, em sua sentença, as informações contidas no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Não servem nem para cotejá-las com as do processo. Prova de inquérito é para que o MP possa dar o pontapé inicial, oferecendo denúncia. (OLIVEIRA, 2021, p. 828)

Utilizando a regra prevista no Código de Processo Civil, art. 379, podemos concluir que as partes possuem o direito de empregar todos os meios de prova necessário para provar a verdade dos fatos, desde que sejam legais e moralmente legítimos:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a

verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015)

Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 378) discorrem em sua obra sobre a utilização deste princípio do Código de Processo Civil em antro penal:

O Código de Processo Penal contém implícita a adoção do princípio da liberdade dos meios de prova (art. 155); e o Código de Processo Civil estabelece que todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, “são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332). Dentre outros, lembrem-se, exemplificativamente, os seguintes meios de prova, regulados de modo expreso pela lei: prova documental, testemunhai, pericial, inspeção judicial, etc.

E complementando este entendimento, vejamos a previsão do art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (BRASIL, 1941)

No âmbito do processo penal, conforme art. 202 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode ser testemunha desde que dotada de capacidade física; se torna irrelevante a incapacidade jurídica, pois podem dar sua versão em juízo: menores de 18 (dezoito) anos, deficientes mentais e doentes. De forma lógica, somente pessoas físicas poderão dar seu testemunho em juízo. A testemunha é a pessoa que não tem interesse no resultado do processo e que é capaz de depor, declarando perante a autoridade judiciária que sabe sobre acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como principal objetivo trazer ao processo dados de conhecimento derivados da percepção sensorial daquele que é chamado a depor (DE LIMA, 2020, p. 763-764).

Devido às restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira possui, a prova testemunhal acaba por ser utilizada como o principal meio de prova do processo criminal brasileiro. Em que pese ter a prova testemunhal extrema fragilidade e pouca credibilidade,

temos a utilização das provas testemunhais como base de diversas sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas (LOPES JUNIOR, 2020, p. 745).

Pelo fato de a prova testemunhal ser a mais utilizada no processo penal, os cuidados em relação a ela devem ser redobrados. Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, que pode ser maior ou menor, acerca de um determinado fato. Durante a instrução probatória, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com outras situações da realidade que poderão influenciar sua fidelidade, consciente ou inconscientemente; isto é, a correspondência do que se julga ter presenciado e o que é afirmado ao final (OLIVEIRA, 2021, p. 526).

A regra prevista no Código de Processo Penal brasileiro é de que toda e qualquer pessoa poderá dar seu depoimento como testemunha, salvo previsão legal em contrário. As pessoas que possuem parentesco próximo com o réu têm o direito de recusar a dar seu testemunho em juízo, conforme os termos do artigo 206 do Código de Processo Penal, salvo quando não for possível obter-se ou integrar-se a prova do fato e suas circunstâncias de outro modo. Conforme o texto do art. 207 do Código, são impedidas de dar seu testemunho as pessoas que, pelo desempenho de ministério, ofício, profissão ou em razão de função, devam guardar segredo; salvo quando desobrigadas pela parte interessada.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. (BRASIL, 1941)

Testemunha é o indivíduo que é chamado a depor, demonstrando sua visão pessoal sobre a existência, natureza e características de um fato; pois, face estar diante de um objeto (*testis*), guarda na mente sua imagem. A prova testemunha é aquela feita pela afirmação pessoal oral e, em alguns casos expressamente previstos em lei, por escrito (cf. § 1º do art. 221 do CPP). Genericamente, podemos dizer que são provas testemunhais as produzidas por testemunhas, pelo ofendido e a confissão do acusado (OLIVEIRA, 2021, p. 750).

1.3 DO TESTEMUNHO PRESTADO PELOS POLICIAIS

O policial pode e deve prestar seu depoimento; todavia, é dever do magistrado sobrepsá-lo com as demais provas constantes nos autos. O julgador deve ter a cautela necessária para sua avaliação, extraindo eventuais excessos no testemunho e coibindo as

propositadas carências de informação. Diversos são os delitos que dependem da versão dos policiais para verificação de validade do procedimento, pois ocorrem em locais ermos e sem participação do grande público; podemos citar como exemplo os casos de apreensão de drogas em via pública deserta, durante a madrugada (NUCCI, 2017, p. 343).

Deve-se suscitar também questões institucionais dos policiais, como é o caso dos indicadores de produtividade baseados conforme o número de prisões realizadas. Essa é uma realidade dos policiais civis e militares, que gera pressão para que as prisões sejam realizadas; por muitas vezes os policiais são requisitados para realizarem “operações ostensivas”, ocorrendo em alguns casos operações de repressão ao crime organizado, tráfico de drogas, porte de armas e outros delitos. Estas operações estão dentro de um “plano de metas” que existe dentro da instituição policial (DE JESUS, 2019, p. 123).

Da mesma forma, não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 749)

Os atos administrativos praticados pelos agentes públicos possuem presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*) somente no Direito Administrativo, não alcançando o âmbito do Penal. Assim, deve ser afastada a presunção de legitimidade dos testemunhos policiais, pois não se tratam de ato administrativo no campo do Direito Administrativo, mas de prova no âmbito do Direito Processual Penal (CALDAS; PRADO, 2020, p. 11).

Ademais, deve-se ter um cuidado maior com as apreciações pessoais das testemunhas, pois, conforme o art. 213 do Código de Processo Penal, “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (BRASIL, 1941).

Considerando o teor do art. 202, que assegura a liberdade na seleção da testemunha e, de forma genérica, assegura que toda pessoa poderá figurar como tal, salvo as hipóteses expressamente vedadas, o depoimento dos policiais não deverá ser afastado de pronto, cabendo sua valoração conforme o contexto probatório (TAVORA, 2016, p. 980).

Além disso, o testemunho é um teste de recuperação da memória e pode acabar sendo prejudicado com o percurso do tempo, considerando que o processo de memorização passa por três etapas: codificação, armazenamento e recuperação. A codificação é conceituada como a transformação do fato real em uma forma que possa ser retida em nosso cérebro. O armazenamento é a etapa do estoque da informação que já foi codificada, sendo possivelmente plausível à perda e distorções em razão dos processos de memorização. E, por último, temos a recuperação; que é o processo de busca da memória armazenada (CALDAS; PRADO, 2010, p. 09).

A palavra prova só deve ser utilizada em referência aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, com a necessária participação dialética das partes e sob os princípios do contraditório e da ampla-defesa. Essa estrutura é que possibilita realizar indagações para verificar os contrários, funcionando como mecanismo para a busca da verdade. As opiniões contrárias ampliam os limites de cognição do magistrado sobre os fatos narrados e diminuem a possibilidade de erros (DE LIMA, 2020, p. 57).

Desse modo, a condenação não poderá ser baseada exclusivamente nos elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, conforme art. 155 do Código de Processo Penal. Por isso, vemos uma prática recorrente do Ministério Público de tentar arrolar como testemunhas somente os policiais participantes das operações que serviram para elaboração do inquérito. Assim, preconiza Aury Lopes Jr. (2020, p. 749):

Contudo, é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito. Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação “exclusivamente” (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação e também a obrigatória exclusão física dos autos (art. 3º-C, §3º, infelizmente suspenso pela liminar do Min. FUX). No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP.

Deste modo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu em algumas decisões o entendimento pela possibilidade da inversão do ônus da prova em âmbito processual penal, de forma a afastar o princípio da presunção de inocência e a regra probatória, principalmente nos crimes patrimoniais. Nesta perspectiva, demonstram-se decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendem pela possibilidade de inversão do ônus da prova:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - PALAVRA DOS POLICIAIS - VALOR PROBANTE - APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DOS

ACUSADOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Os depoimentos dos policiais militares que prendem em flagrante o réu, bem como que participam das investigações que precedem a prisão, desfrutam, em princípio, da mesma credibilidade que, em geral, gozam todos os demais testemunhos, em especial pela proximidade com o fato, pelo que, desde que se mostrem consistentes, coerentes e isentos, podem servir de amparo para o édito condenatório. Em sede de crimes patrimoniais, a apreensão da res furtiva em poder do acusado opera a inversão do ônus da prova, passando a ser do réu o ônus de explicar e provar os fatos que alega, sob pena de ser mantido o édito condenatório. (BRASIL, TJMG - Apelação Criminal 1.0079.18.008782-1/001, Relator: Des. (a) Fernando Caldeira Brant, 4ª Câmara Criminal, julgamento: 11/12/2019, data de publicação: 18/12/2019).

Assim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou o seguinte entendimento:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - AGENTE DETIDO NA POSSE DOS BENS SUBTRAÍDOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS - CREDIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA- PENAS FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 01. **Tendo o acusado sido preso na posse dos objetos subtraídos, inverte-se o ônus da prova, cabendo-lhe a tarefa de comprovar que não praticou a subtração, sem o quê a presunção de autoria se transforma em certeza.** 02. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá ao depoimento de qualquer outra testemunha, porque a aceitabilidade de suas declarações está jungida à presunção de idoneidade moral de que gozam, salvo prova em contrário, razão pela qual suas palavras são aptas para a formação de um juízo de censurabilidade penal em desfavor do agente. 03 (...). (MINAS GERAIS, 2021). (Grifou-se).

Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes tipificado pelo art. 33, da Lei nº. 11.343/06, encontram-se decisões que admitem a possibilidade de inversão do ônus probatório e a existência da presunção *juris tantum* ao depoimento prestado pelo agente policial. Deste modo, seguem os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEIÇÃO - ILEGALIDADE NA OBTENÇÃO DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DESTINAÇÃO MERCANTIL DA DROGA EVIDENCIADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - REVISÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO - INVIABILIDADE - RESTITUIÇÃO DE BENS E VALORES - NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA - VIAS DE FATO - ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. 1- Não há que se falar em nulidade da prova, eis que, não evidenciada conduta ilícita por parte dos policiais. 2- Comprovado nos autos que o réu incorreu em uma das condutas do art. 33 da Lei 11.343/06, em vista da prova oral colhida, confirmada sob o crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição. 3- Os depoimentos de policiais como testemunhas gozam de presunção *iuris tantum* de veracidade, portanto, prevalecem até prova em contrário. 3- (...) (MINAS GERAIS, 2022a).

Em outro julgado:

Ementa Oficial: EMBARGOS INFRINGENTES -TRÁFICO DE DROGA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA - EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Necessária é a desclassificação do delito do artigo 33 para o delito de uso de droga ut artigo 28 da Lei 11.343/06 quando não há prova da mercancia ilícita. 2. Embargos acolhidos. V.v: 1- Comprovado nos autos que o réu incorreu em uma das condutas do art. 33 da Lei 11.343/06, em vista da prova oral colhida, confirmada sob o crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição ou desclassificação para uso de drogas. 2- Os depoimentos de policiais como testemunhas gozam de presunção iuris tantum de veracidade, portanto, prevalecem até prova em contrário. 3- Caracterizado bis in idem com a consideração dos maus antecedentes e reincidência, necessária a redução da pena-base. (MINAS GERAIS, 2022b).

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça acerca do tema, que em muitos julgados considera possível a possibilidade da inversão do ônus da prova, através das sentenças do AgRg no HC 672359/SP (2021) e HC 393516/MG (2017):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECEDENTES. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) - **A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante - em local conhecido como ponto de venda de drogas, após denúncias anônimas relatando à polícia que havia uma pessoa traficando na travessa Paloma Carolina, razão pela qual, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram um indivíduo com as mesmas características indicadas nas denúncias e, ao abordá-lo, apreenderam as drogas e numerário em uma sacola que ele havia dispensado ao ver os policiais (e-STJ, fl. 226) -, sendo, portanto, pouco crível a tese de que a droga encontrada em seu poder fosse apenas para uso próprio. - Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. (BRASIL, 2021). (Grifamos).**

Na segunda sentença:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (...) 2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o

acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.³ **É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso.** (BRASIL, 2017). (Grifamos).

Assim sendo, não existe qualquer restrição para a possibilidade de depoimento dos policiais, mas se deve ter cuidado com a valoração dos mesmos. Dado o exposto, pode-se inferir que quando ocorre a inversão do ônus da prova através da necessidade de demonstração da contrariedade dos depoimentos policiais, o indivíduo é colocado em situação extremamente onerosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Processo Penal deve atender a um conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, devem assegurar às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais; e, por outro lado, também são indispensáveis ao exercício correto da jurisdição. Essas garantias não servem apenas aos interesses das partes de forma individual, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas; mas configuram a salvaguarda do próprio processo penal, considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 88).

Por fim, é necessário ressaltar que a doutrina possui divergências sobre quem recai a incumbência do ônus da prova. A doutrina tradicional assevera que o ônus da prova é regido pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi ei qui asserit*, ou seja, cabe àquele que alega provar as afirmações ou a tese levantada, a qual deve ser comprovada. Neste sentido, encontra-se autores como Adalberto Aranha (ARANHA, 1999, p.14).

Edilson Mougnot Oliveira (2021, p. 465) também desenvolve seus estudos conforme o entendimento supracitado.

Eugênio Pacelli Oliveira (2021, p. 432) entende que cabe à acusação, diante do princípio da inocência, produzir provas quanto a materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não sendo incumbida do ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

Autores como Aury Lopes Jr (2020, p. 591), Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 677), e também, Paulo Rangel (2019, p. 807) entendem que o ônus probatório recai exclusivamente

sobre a acusação. Concluimos que este é o entendimento mais acertado, por ser mais compatível com o princípio da presunção de inocência, considerando que o acusado jamais poderá sofrer pela dúvida de um fato existente no processo.

Por isso, atribuir presunção de veracidade aos depoimentos dos policiais transfere para o réu o ônus de provar suas alegações e sua inocência, ferindo o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro réu*. Todavia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça em alguns casos entendem pela possibilidade de inversão do ônus da prova, o que é irrazoável.

Além da dificuldade de provar a improcedência do testemunho apresentado pelos policiais, verifica-se resquícios inquisitoriais no processo penal e, além disso, a parcialidade dos agentes policiais pode ser justificada pela necessidade de legitimar os atos pretéritos a fase processual e evitar responder por processos administrativos. Além de que, é inconstitucional entendimento que corroborem a possibilidade da inversão do ônus da prova.

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe cabe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser desconstituída pela acusação, sem que o acusado tenha qualquer dever nesse processo; inclusive, sendo assegurado a este o direito ao silêncio – *nemo tenetur se detegere*. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 590).

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. Da Prova no Processo Penal. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Casa Civil. Decreto n. 678, de 05 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992. Brasília, DF, Senado Federal, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=D0592&text=DECRETO%20No%20592%2C%20DE,sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 3.689, de 02 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. Secretaria-Geral. Lei n. 13.105, de 15 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus 672.359/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 22 de junho de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101759794&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus 393.516/MG. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 20 de junho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700663574. Acesso em: 14 de nov. 2022

CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 166, n. 2020, p. 85-127, 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/141942>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade Federal de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/documentacao-historica>. Acesso em 14 de nov. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Universidade Federal de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/documentacao-historica>. Acesso em 14 de nov. 2022.

DE JESUS, Maria Gorete Marques. **'O que está no mundo não está nos autos'**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. EPUB

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. EPUB

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). vol. 1, 13º ed. São Paulo: Método, 2019. EPUB

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 1.0079.18.008782-1/001. Relator: Des. (a) Fernando Caldeira Brant. Julgamento em 11 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1007918008782100120191640120>. Acesso em 14 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 1.0290.17.001329-3/001 Relator: Des.(a) Fortuna Grion, julgamento em 26 de outubro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1029017001329300120218877412>. Acesso em 14 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0643.20.000122-7/001. Relator: Des.(a) Eduardo Machado. Julgamento em 10 de agosto de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1064320000122700120222365616>. Acesso em 14 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). Emb Infring e de Nulidade 1.0702.18.063094-0/004. Relator: Des.(a) Pedro Vergara. Julgamento em 05 de julho de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1070218063094000420222117931>. Acesso em 14 de nov. 2022.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. EPUB

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PINTO, Felipe Martins; LEITE, Hebert Soares. O princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de produção de provas ex officio pelo julgador. In: PINTO, Felipe Martins (Org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 121-138.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. EPUB

SARLET, Ingo; WOLFGANG, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. EPUB

A LICITAÇÃO PÚBLICA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

PUBLIC BIDDING AND THE CHANGES BROUGHT IN THE FACE OF THE COVID-10 PANDEMIC

Jeniffer Karoline Lourenço de Freitas
karolinejeniffer30@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/1302512013269470>

Thaylla Leão Galdino
thayllaleaog@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/4531771438835894>

Antônio Luiz Nunes Salgado
antonio.salgado@funorte.edu.br
<http://lattes.cnpq.br/4677466918242187>

RESUMO:

A pandemia da COVID-19 trouxe mudanças nos cenários econômico e social e, mais ainda, na saúde pública em nível mundial. No Brasil, o Estado, em meio ao cenário de turbulência, precisou implementar ações de combate e controle à pandemia. Considerando a urgência na aquisição de equipamentos e insumos para suprir a necessidade e demanda da população, foram criados decretos, portarias e leis federais que regulamentam e dispõem do processo licitatório que pudessem facilitar e agilizar as maneiras de combate ao vírus. O presente trabalho visa demonstrar e verificar as mudanças na legislação trazida pela pandemia na administração pública e as dificuldades enfrentadas pela entidade pública no processo licitatório nesse período. O artigo tratará sobre mudanças trazidas pelas Leis 13.979/2020 e 14.217/2021. Portanto, trata-se de uma análise de estudos de dados com caráter exploratório e de natureza qualitativa, assim, podemos verificar e identificar as medidas tomadas na pandemia. A pesquisa foi realizada no site Portal Transparência MG, no período de 2019 a 2021. Na coleta dos dados foram analisadas as compras realizadas no Estado de Minas Gerais, foram coletados dados dos principais medicamentos utilizados durante os protocolos de internação e tratamento dos infectados pelo vírus da Covid-19. Ademais, serão analisados os valores destes medicamentos comprados pela administração pública nos processos licitatórios.

Palavras-chave: Licitação. Processo de Compra. Pandemia. Nova Lei de Licitação.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic brought changes in the economic and social scenarios and, even more, so in public health worldwide. In Brazil, the State, in the midst of turbulence, had to implement actions to combat and control the pandemic. Considering the urgency in acquiring equipment and inputs to meet the needs and demands of the population, federal

decrees, ordinances and laws were created to regulate and provide for the bidding process that could facilitate and speed up ways to combat the virus. The present work aims to demonstrate and verify the changes in legislation brought about by the pandemic in public administration and the difficulties faced by the public entity in the bidding process during this period. The article will deal with changes brought about by Laws 13,979/2020 and 14,217/2021. Therefore, it is an analysis of data studies with an exploratory and qualitative nature, so we can verify and identify the measures taken in the pandemic. The research was carried out on the Portal Transparência MG website, from 2019 to 2021. In the collection of data, purchases made in the State of Minas Gerais were analyzed, data were collected on the main medications used during hospitalization protocols and treatment of those infected by the virus. from Covid-19. In addition, the values of these drugs purchased by the public administration in the bidding processes will be analyzed.

Keywords: Bidding. Buying process. Pandemic. New Bidding Law.

1 – INTRODUÇÃO

A licitação, no modo amplo no conceito de Mello (2010), é o procedimento administrativo que os órgãos da administração pública se submetem quando pretendem contratar, adquirir, locar, construir ou até mesmo prestar serviços. A Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta este procedimento e tem como a principal fonte a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, regida pelo princípio da isonomia.

A licitação pública é um regime obrigatório para contratação de serviços, compras, obras e alienações, salvo em casos excepcionais em lei, de acordo o inciso XXI, do artigo 37 da CF de 1988 e também pela Lei 8.666/1993.

Os casos de exceção que o inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/1993 traz, são emergência ou calamidade pública quando é urgência de atendimento ou situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, serviços, equipamentos, obras e outros serviços públicos ou particulares. Portanto, essa Lei define os parâmetros e princípios que a licitação deve seguir. (BRASIL, 1993)

O presente trabalho visa trazer uma análise acerca das contratações licitatórias durante a pandemia da COVID-19, uma vez que a mesma trouxe vários impactos econômicos e sociais em escala mundial. Os aspectos jurídicos têm relevantes contribuições que colaboram no debate para as contratações públicas.

Diante desse cenário, a administração pública precisou se adaptar e foram criadas, no ordenamento jurídico, leis que possibilitaram o enfrentamento de emergência de saúde pública. Nesse sentido, a pesquisa estabeleceu como objetivo compreender a adaptação do setor público brasileiro às restrições impostas pela pandemia para os processos licitatórios de contratação. Ademais, serão abordados sobre o processo público de contratação e analisadas as medidas de adaptação que os entes públicos enfrentaram nos processos licitatórios.

2 – DO CONTEXTO DA PESQUISA: PANDEMIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1 – Processo Licitatório

O processo licitatório foi introduzido no Brasil por meio do Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862. Já para o período Republicano, entretanto, a consolidação para o âmbito Federal se deu através do Decreto 4.536 de 1922; os artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968; o artigo 1º da Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971; e a Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981. Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986.

Analisando a promulgação de vários decretos e leis, face às necessidades que o poder público enfrentava, só então a licitação começou a fazer parte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, foi a partir da Constituição Federal de 1988, que o processo licitatório passou a ser constitucional, tendo como obrigatório o procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços pela administração pública.

2.2- A pandemia da Covid-19 e o estado de calamidade pública

No final de 2019, na China, começou a se falar em um surto viral que continha um alto poder de contágio e o mundo se colocava em estado de alerta. No Brasil, a pandemia gerou uma necessidade de adequação no atendimento público. A dificuldade de aquisição de equipamento e medicamentos afetou tanto as entidades públicas quanto as entidades privadas. O Ministério

da Saúde demonstrou dificuldades para a aquisição de aparelhos pulmonares e insumos para combater a pandemia da Covid-19. (OMS, 2020)

A ocorrência de um dos fatores que dificultaram essas aquisições foi a burocracia na fase interna do processo licitatório, causando um efeito cascata para o âmbito público. Um dos fatores que tornaram o processo licitatório burocrático foi a alta demanda de aquisição de respiradores e insumos, de modo que a matéria prima e a comercialização não deram conta de suprir as demandas, tornando extremamente alto os preços desses equipamentos e insumos, além da forte demanda que fez com que os fornecedores ficassem sem estoque.

Assim, visando agilizar e trazer mudanças na aquisição e na relação com os fornecedores, o órgão público promoveu alterações e criação na legislação vigente. Dentre as mudanças, estão a Lei nº 13.979/2020 e a Lei nº 14.217/2021.

2.3 - As novas legislações implementadas para o combate à pandemia e os reflexos nas contratações públicas.

As novas legislações foram implementadas visando ajudar a administração pública nos processos licitatórios nas compras emergenciais em combate à pandemia. Diante dessa situação, houve a necessidade na legislação, de desenvolver uma modalidade que pudesse atender a urgência na contratação direta. Com isso, foi criada a Lei Federal nº 13.979/2020, que trata sobre a dispensa licitatória para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus – COVID-19 (BRASIL, 2020).

Nesse contexto, o Estado editou a Medida Provisória (MP) nº 1.077/2021, que foi convertida na Lei nº 14.217/2021 que trata da aquisição de bens e insumos de produção e celebração de contratos de serviços destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, Meirelles (2010) define calamidade pública como “situação de perigo e anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos”. Sendo assim, a mudança foi necessária para que a administração pública no ordenamento jurídico

pudesse alcançar e continuar celebrando o processo licitatório para suprir as necessidades da população, preservando os princípios e normas que devem ser seguidos.

Portanto, deve-se lembrar que a contratação por meio da dispensa de licitação emergencial deve seguir os requisitos previstos na lei, não podendo exceder ao pretendido, sob pena de ilícita contratação e má administração do recurso público. Dentre os requisitos, o primeiro é a justificativa e a demonstração concreta do dano à população, sendo que a contratação deve ser imediata para, assim, poder eliminar os riscos na demora na compra de equipamentos e insumos. Devem ser observadas também as regras previstas no artigo 26 da Lei 8.666/1993.

O cenário de calamidade pública deu espaço para o surgimento de oportunidades para pessoas aproveitarem da situação, assim, obtendo benefícios vantajosos com as verbas públicas. Durante o período de pandemia foram evidenciadas fraudes nos processos licitatórios, como, por exemplo, o superfaturamento de produtos e serviços. A Controladoria-Geral da União (CGU) e demais órgãos Jurídicos de controle participaram de várias operações com o intuito de averiguar fraudes e irregularidades na destinação dos recursos públicos destinados ao combate da COVID-19 em diversos estados brasileiros (CGU, 2020).

3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO LICITATÓRIO NO BRASIL

O processo licitatório no Brasil é disciplinado por normas gerais e específicas. A primeira norma a ser criada com finalidade para licitação e contratos foi Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1862, período do Brasil Imperial. Este decreto regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, foi assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador Pedro II (BRASIL, 1862).

O Decreto tinha como principais características: estipulava que o governo deveria expor amostras de bens e serviços que pretende comprar, e que, se fosse um serviço de obras, o governo deveria fornecer plantas do projeto a ser executado para consulta pública. Em muitos casos, os contratos foram apenas para a realização da obra, deixando o trabalho de engenharia

para o governo. Em geral, o procedimento era semelhante ao que hoje é conhecido como Pregão Presencial.

Portanto, este Decreto foi um momento importante na história do processo licitatório, dando início ao desenvolvimento de uma administração pública eficiente. A sociedade se beneficiou desde que várias empresas decidiram participar do processo, tornando-o financeiramente mais vantajoso. No entanto, o governo era governado pela monarquia, e, como tal, ele tinha todo o poder em suas mãos como dirigir, comandar e administrar de acordo com suas próprias regras.

No período Republicano, em 1922 foi criado o Decreto nº 4.536, este decreto organizava a contabilidade da União, mas também estabelecia condições de assinatura de contratos no que diziam respeito as licitações. O artigo 49 deste decreto dispunha sobre a obrigatoriedade da modalidade concorrência, previa a publicação do certame e todas as informações necessárias para quem tinha interesse em participar. Ademais, o decreto também tinha expresso a fase preliminar para verificar a idoneidade dos participantes. Portanto, pode-se verificar que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório estava presente. (BRASIL, 1922)

Na década de 1930, no período do governo de Getúlio Vargas, com a reforma burocrática e devido a industrialização e a intervenção do Estado, de acordo com Boschi e Dinis (2016), foi a partir deste período que surgiram novas modalidades de regulação. Dentre essas modalidades foi criado o DASP, Departamento Administrativo de Serviço Público, o objetivo desse departamento era melhorar o desempenho do Estado. Era responsável por elaborar propostas orçamentárias e assessorava a presidência da República. A função deste departamento tornou-se importante, pois era obrigatório e era realizado por intermédio de processo licitatório, tornando obrigatório os orçamentos públicos. De acordo com Gardelha “orçamento público é um instrumento de planejamento, que também é uma lei, nela estão contemplados os recursos disponíveis pelo governo, nos quais são revertidos aos serviços públicos, aquisição de bens, obras, construção de estradas e etc.” (2016, p. 11)

Já no regime militar, em 1967, foi promulgado o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, implementando no Brasil a reforma administrativa Federal, sendo o primeiro avanço no sentido de evolução do processo licitatório. Dos artigos previstos neste Decreto-Lei, em torno de 20 artigos tratavam de licitação (artigos 125 a 144). Pode observar que os Decretos

anteriores apenas previam como seria a realização de licitações. No Decreto-Lei 200/1967, era previsto a modalidade de dispensa de licitação e também previa a exigência de documentos de habilitação para participar do processo. (BRASIL, 1967)

Portanto, por ser promulgada no regime militar, eram seguidos os princípios de coordenação, delegação de competência e controle e planejamento. Entretanto, ressalta que ainda não existia democracia, pois é oriunda da Constituição Federal de 1988. Entende-se que, apesar de muito silenciosa, o Decreto-Lei norteou a construção jurídica dos processos licitatórios que hoje é regido pela Lei nº 8.666/1993. (MELAZO, 2021)

Ademais, em 1968, foi promulgado o Decreto-Lei nº 5.456/1968, que previa a aplicação do Decreto-Lei 200/1967 nos Estados e Municípios. O Decreto-Lei nº 200/1967 teve sua vigência como norma regente das licitações entre os anos de 1967 a 1986.

A Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971, também previa que tal norma também estendesse ao Distrito Federal, porém tinha a previsão de que a alienação de bens imóveis do Distrito Federal dependerá de expressa autorização em decreto do governador, conforme artigo 2º do Decreto. (BRASIL, 1971)

Em 1981 foi promulgada a Lei nº 6.946, que trava de atualizar os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplificava a organização de cadastros de licitantes, previsto no artigo 127, par[agrafos 5º e 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, conforme artigo 2º. (BRASIL, 1981)

Após o Decreto-Lei nº 200/1967, foi publicado o Decreto nº 2.300 de 21 de novembro de 1986. De acordo Rigolin:

O antigo Estatuto Jurídico das Licitações e dos Contratos Administrativos marcou profunda e definitivamente seu lugar na história do direito Brasileiro, a tal ponto que, consoante se denota, até mesmo o legislador brasileiro de 1991 a 1993 o prestigiou na mais ampla medida, elegendo-o como fonte primordial de inspiração para a Lei 8666/93. (RIGOLIN: 2008, p. 192).

O Decreto instituía o “estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica”, conforme seu artigo 1º. O artigo 3º deste Decreto tinha como objetivo somente selecionar a proposta mais vantajosa e que seriam

observados “os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”. (BRASIL, 1986)

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a CF, conhecida como carta cidadã, dando início a uma nova etapa na história do País. De acordo com Alves:

Após período de vinte e um anos de ditadura militar ostensiva e três anos de um governo civil que realizou a transição institucional, num total de vinte e quatro anos sem exercício pleno das faculdades democráticas, o advento da Constituição Federal de 1988 foi ao encontro de anseios da sociedade por um Estado que assegurasse a democracia e a cidadania (ALVES, 2017, p. 530).

Como instrumento de cumprimento dos princípios, metas e estruturas estabelecidas na CF/88, a Lei nº 2.300/1986 foi revogada pela Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações. Diferentemente das anteriores e dos Decretos e Leis citados anteriormente, a CF, veio falar em licitações e contratos e definiu que a União teria competência sobre as normas gerais.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988).

O *caput* do artigo 37 dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL, 1988)

Por seu turno, a Lei 8.666/1993, teve como objetivo formalizar e burocratizar o processo licitatório para que assim, diminuísse a corrupção administrativa. Os princípios básicos foram descritos na 1º edição da Lei:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

Posteriormente, esta redação foi alterada com a redação da Lei nº 12.349/2010, onde deveria abranger a promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 2010)

A Lei de Licitação prevê em seu artigo 22, cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Conforme Hack (2019) “a licitação é obrigatória por norma constitucional e ocorre sempre que o estado deseja contratar por algum produto ou serviço”. Também aborda sobre o agente de licitação, que pode ser um servidor público, que se responsabiliza por todas as etapas do processo licitatório e deve observar e cobrar, caso aconteçam, quaisquer atos ilícitos, trazendo segurança ao processo licitatório. (HACK, 2019, p.24)

4 – A PANDEMIA E A GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2020 falava sobre a situação de emergência de saúde pública no âmbito internacional. Esta emergência surgiu em razão do surgimento de um novo vírus que teve início na China no ano de 2019. No Brasil, em 26 de fevereiro de 2020, foi registrado o primeiro caso de COVID-19, além de outros casos diagnosticados posteriormente. (BRASIL, 2020)

Para tratar desta situação o poder público colocou-se à frente para a responsabilização da gestão de enfrentamento da pandemia. Contudo, a administração pública teve alguns conflitos morais que desafiaram a gestão pública no enfrentamento da pandemia.

Entende-se como dilema moral definido por Santos (2019) como a “[...] vivência de uma tensão entre os possíveis caminhos de ação moral na busca pela melhor decisão em determinada circunstância sendo a circunstância vista pela perspectiva daquele interagente o dilema moral”. Já na visão de Dubnick e Justice (2006), consideram que “o verdadeiro dilema para aqueles que ocupam funções públicas é a escolha entre o que se julga ser eticamente obrigatório aqui e agora é a possibilidade que a mesma decisão possa ser condenada em outro contexto”.

Ademais, de acordo Cooper (1998) “o conflito entre diferentes obrigações se configura como a forma mais típica pela qual os administradores públicos vivenciam os dilemas éticos”. A gestão pública teve que tomar medidas de enfrentamento à pandemia, uma dessas medidas foi o isolamento social como medida de prevenção para a não propagação do novo coronavírus. A decisão adotada pela administração pública afetou grande parte da população, pois a decisão de isolamento teve grande discussão sobre as restrições do direito de ir e vir

Na contratação pública, a gestão administrativa precisou tomar medidas para conseguir fazer as contratações de acordo com os princípios constitucionais. Entretanto, os órgãos da administração pública tiveram dificuldades no procedimento do processo licitatório durante a pandemia. Portanto, como forma de auxiliar e dar andamento aos processos de compra foram criados Decretos e Leis, como a Lei 13.798/2020. Em dezembro de 2020 o Senado aprovou o Projeto de Lei 4.253/2020 que substituiu a Lei 8.666/1993.

A Nova Lei de licitação 14.133/2020 trouxe um grande rol de princípios jurídicos que auxiliam e estruturam as contratações públicas, conforme artigo 5º desta Lei, que são: legalidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação, de funções da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 2021).

5 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

A pandemia foi reconhecida mundialmente pela OMS pela facilidade de expansão de forma geográfica. No Brasil, assim que identificada, foi tratada como ameaça à saúde pública, necessitando de protocolos sanitários para seu controle e combate. O índice de contágio do vírus se expandia rapidamente e a questão da falta de teste e da demora para conseguir o diagnóstico aumentava o número de casos no Brasil.

Foram criadas portarias, decreto-lei e legislações apropriadas, como é o caso da Nova Lei de Licitações citada anteriormente. Por meio de autoridade governamental, a população se submeteu a normas específicas para o momento enfrentado, necessitando de adaptação imediata por parte de todos.

Apenas para melhor compreensão das mudanças que ocorreram na legislação, as compras por meio de processo licitatório têm previsão legal a Lei nº 8.666/93, nesse cenário de pandemia de Covid-19 surgiu a necessidade da promulgação de uma nova lei que se adequasse à realidade posta, a Nova Lei de Licitações 14.133/21. Além disso, foi criada a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. De forma resumida, a tabela abaixo apresenta as principais alterações adotadas.

Diferenças Quanto	Lei 8.666/1993	Lei 13.979/2020	Lei 14.133/2021
Obrigatoriedade do processo licitatório	Para aquisição de bens, serviços e insumos.	É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.	Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
Prazo	180 dias consecutivos e ininterruptos contados da data que se iniciou a	Até seis meses podendo ser prorrogado (artigo 4º, h) vinculado à vigência da lei.	O prazo foi aumentado para 1 ano e foi acrescentada a proibição de recontração de empresa anteriormente contratada com base no mesmo dispositivo.

	emergência.		
Empresas proibidas de licitar	Proibição completa da ação de licitar ou contratar com o Poder Público.	Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público	Proibição completa da ação de licitar ou contratar com o Poder Público. Artigos 155 e 156.

Fonte: Brasil (1993; 2020; 2021)

6 – DAS COMPRAS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DO COVID-19

O presente trabalho apresenta um comparativo de preços de aquisição em órgãos da administração pública, um rol exemplificativo de 6 itens de medicamentos destinados às medidas de enfrentamento ao Covid-19.

A pesquisa foi realizada no site Portal da Transparência MG, site de acesso livre, conforme Instrução Normativa (IN) nº 73, de 5 de agosto de 2020, que dispõem sobre os procedimentos para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral e a Lei Federal nº 12.527/2011 que regulamenta o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas.

O estudo será realizado por meio dos tipos quantitativo, qualitativo, analítico, retrospectivo, estudo de caso e documental. A pesquisa foi realizada abrangendo o estado de Minas Gerais, no período de 2019 a 2021, no âmbito das compras e contratações referentes à saúde pública. Serão analisados os processos licitatórios, sendo levados em consideração itens, quantidades, valores e prazos.

O Portal Transparência MG mostra os valores homologados das compras realizadas pelos órgãos estaduais. O objetivo deste levantamento de valores registrados de itens destinados ao enfrentamento da Covid-19 é demonstrar, quantitativamente, o impacto na cadeia logística gerada pela pandemia com o desequilíbrio da relação de oferta e demanda conforme demonstrado nas tabelas e gráficos abaixo:

Tabela I – evolução dos preços de medicamentos em 2019

2019	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Heparina	9	9	9	0	4,15	4,15	4,15	0	15,97	15,97	15,97	15,3
Midazolam	1,05	1,05	1,05	1,2	1,05	1,2	10,5	1,2	2,2	2,94	2,94	1,27
Norepinefrina	1,73	1,73	1,73	1,73	1,73	1,73	1,73	1,74	1,89	1,74	1,74	1,74
Azitromicina	0,39	0,42	0,39	20,1	0,42	0,39	20,1	20,1	6,56	0,46	21,16	0,46
Atracurio	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	0	0
Pancuronio	4,9	4,9	4,9	0	4,9	4,9	4,9	4,9	4,9	5,1	5,1	5,1

Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

Tabela II – evolução dos preços de medicamentos em 2020

2020	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Heparina	15,3	15,3	15,3	4,33	4,33	15,3	4,33	15,3	4,33	0	0	0
Midazolam	2	6,5	1,37	6,5	6,5	1,62	1,62	19	1,37	3,71	6,5	6,5
Norepinefrina	7,74	7,74	6	6	7,74	7,74	6,88	6,88	6,8	0	6	5,68
Azitromicina	1,5	1,1	41,9	41,9	41,9	41,9	41,9	41,9	41,9	7,37	41,9	4,77
Atracurio	12,42	0	45,1	45,1	0	0	45,1	17,79	0	19,18	19,18	0
Pancuronio	7,7	7,7	7,7	7,7	0	0	9,68	0	9,68	9,68	0	0

Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

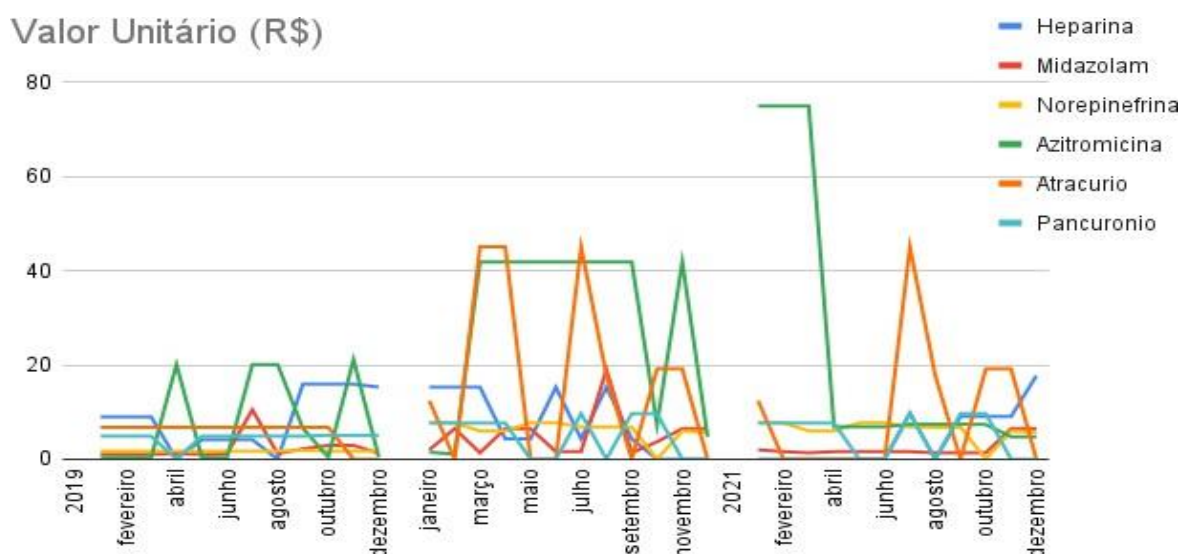
Tabela III – evolução dos preços de medicamentos em 2021

2021	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Heparina	0	0	0	0	0	0	9,8	0	9,08	9,08	9,08	17,74
Midazolam	2	1,62	1,37	1,62	1,62	1,62	1,62	1,37	1,37	1,37	6,5	6,5
Norepinefrina	7,74	7,74	6	6	7,74	7,74	6,88	6,8	6,8	0	6	5,68
Azitromicina	75	75	75	6,9	6,9	6,9	7,43	7,43	7,43	7,37	4,77	4,77
Atracurio	12,42	0	0	0	0	0	45,1	17,79	0	19,18	19,18	0
Pancuronio	7,7	7,7	7,7	7,7	0	0	9,68	0	9,68	9,68	0	0

Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

A pesquisa foi dividida em 3 anos, de 2019 a 2021, com objetivo de avaliar os impactos dos processos de compra, antes, no início e durante a pandemia.

Conforme os gráficos abaixo é possível observar uma variação nos preços destes medicamentos no período de 2019 a 2021. Os meses em que se encontra com zero, demonstra que não houve homologação para o processo de compra realizado, devido a falta do medicamento no mercado.



Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

Portanto, os dados apresentados comprovam que os órgãos da administração pública, no geral, apresentaram dificuldades para executar os processos de compras. Dessa forma teve como resultado, maior custo e dificuldades aos gestores em garantir a celeridade destes processos.

Conforme demonstrado no tópico 2.3, a administração pública criou Decretos e Legislações que pudessem facilitar e agilizar a execução dos processos de compra no período de pandemia. Dessa forma, foi possível a contratação das compras emergenciais para atendimento da população. Entretanto, as compras deveriam seguir a previsão legal.

Para a sociedade brasileira, é fundamental que tenham ciência de como ocorre o processo licitatório em situações de urgência e emergência no âmbito administrativo.

O setor público brasileiro enfrentou adaptações inesperadas em relação às restrições impostas pela pandemia para os processos licitatórios de contratação. Dessa forma, foram

necessárias mudanças que tornassem mais rápidos e eficientes os procedimentos de forma geral. Assim sendo, alterações em questões de valores, especificidades, modelos e prazos foram inseridas, para que o processo licitatório tivesse maior eficácia em seus objetivos.

7 – CONCLUSÃO

Nesta pesquisa foi apresentado a importância do processo licitatório, a responsabilidade e legalidade que se deve ter na escolha da modalidade que será o processo de compra ou prestação de serviços.

O presente trabalho teve como objetivo avaliar os impactos jurídicos na licitação em meio a pandemia.

O processo de licitação é realizado pela administração pública e é regulamentado por normas específicas. As licitações são um meio de processo de aquisição e é mantida nas definições das normas constitucionais para que haja o direito de participação e transparência a todos os interessados, protegendo, desta forma, o interesse da coletividade.

No período de pandemia vivenciou-se extrema gravidade, não apenas no Brasil, mas em todo mundo. O Estado, buscando meios para enfrentar este período, promulgou uma lei válida para que as compras emergências para enfrentamento do coronavírus fossem rápidas.

Diante da temática foi feita uma pesquisa no período de 2019 a 2021 para analisar as compras de urgência feitas pela administração pública. Os resultados demonstraram que nos anos de 2020 e 2021 os preços de todos os itens pesquisados apresentaram preços significativamente superiores aos registrados em 2019.

Foi observado grande dificuldade na execução dos processos de compras. As leis 13.789/2020 e 14.217/2021 tiveram grande efetividade para enfrentar de forma rápida e legal as dificuldades deste período. Entretanto, deve-se observar que mesmo neste período deve ser usado os princípios de igualdade e moralidade nos atos administrativos. Portanto, o ato de julgar uma licitação deve ser observado os princípios constitucionais para a garantia da sua aplicação, desta forma buscando sempre satisfazer o interesse coletivo.

Por fim, a Nova Lei de Licitação foi criada para atender as mudanças no cenário atual da Administração Pública, desta forma adequar com as novas tecnologias pós pandemia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alex Cavalcante. **A profissionalização do serviço público na vigência da Constituição Federal de 1988**. BDA – Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, ano 33, n. 6, p. 530-546, junho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988.

_____. **Controladoria Geral da União**. CGU monitora aplicação dos recursos federais repassados a estados e municípios. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/coronavirus/cgu-monitora-aplicacao-dos-recursos-federais-repassados-a-estados-e-municipios>. Acesso em: 01 mar. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967**. Estabelece normas para contratação de obras e para revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal.

_____. **Decreto lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. **Decreto lei 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.

_____. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o Código de Contabilidade da União, 28 jan. 1922.

_____. **Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968**. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. **Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971**. Dispõe sobre normas relativas às licitações e alienações de bens do Distrito Federal.

_____. **Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981**. Atualiza os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplifica a organização de cadastros de licitantes e dá outras providências.

_____. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Diário Oficial da União, 06 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Diário Oficial da União, 01 de abril de 2021.

_____. **Lei nº 14.217, de 13 de outubro de 2021.** Diário Oficial da União, 13 de outubro de 2021.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Diário Oficial da União, 22 de junho de 1993.

_____. **Ministério da Saúde do Brasil.** (2020). Painel Coronavírus. Recuperado de <https://covid.saude.gov.br/>

BOSCHI, R.; DINIZ, E. **Estado e Sociedade no Brasil.** Única e. Rio de Janeiro. INCT/PPED. 2016.

COOPER, T. L. (1998). **The Responsible Administrator: an Approach to Ethics for the Administrative Role.** 4th ed. São Francisco, CA: Jossey-Bass.

DUBNICK, M. J., & Justice, J. B. (2006). **Accountability and the Evil of Administrative Ethics.** *Administration & Society*, 38(2), 236-267.

GARDELHA, Sergio Ricardo de Brito. **Introdução ao Orçamento Público.** Módulo 1. ENAP ed. Brasília. 2017.

HACK, Érico. **Licitações e Contratos Administrativos.** Ed. 1. Curitiba: Intersaberes. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo: De acordo com a Lei 8.666/93, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELAZO, Ana Karolina Aragón Buiate. **Licitação: como o princípio da impossibilidade, competitividade e proporcionalidade no âmbito das obras públicas,** 2021. Disponível em: < <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/33347>> Acesso em: 05 de mai. de 2022.

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

WHO. World Health Organization. **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak** [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2020 [cited 2020 Mar 3]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> Acesso em: 01 mar. 2022.

RIGOLIN, Ivan Barbosa, Marco Tullio Bottino – Manual prático das licitações: (lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, 7ª ed. rev, 2008, São Paulo)

SANTOS, L. S. (2019). **A ética da gestão pública à luz da abordagem da racionalidade: os dilemas morais vivenciados na gestão de riscos e desastres em Santa Catarina.** (Tese de Doutorado). Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DIVULGAÇÃO DE *FAKE NEWS* NOS MEIOS ELETRÔNICOS

CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE DISCLOSURE OF *FAKE NEWS* IN
ELECTRONIC MEDIA

Roberta Azevedo Dias

robertaa-dias@hotmail.com

<https://lattes.cnpq.br/6679384116542750>

Isabella Lacerda Caires

isabellalacerdacaires@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2752400131114407>

Anne Vitória Leal Silva

vitoriaboc@hotmail.com.br

<http://lattes.cnpq.br/2448933462826256>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

RESUMO: O presente artigo tem o intuito de avaliar a responsabilidade civil pela divulgação de *Fake News* nos meios eletrônicos, uma vez que tal matéria ganha visibilidade no cenário hodierno, inclusive no que tange ao contexto eleitoral. Nessa perspectiva, é imprescindível a discussão acadêmica a fim de desmistificar essa crise epistemológica. A metodologia adotada foi a exploratória e descritiva, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, além de apresentar como método de procedimento o histórico e estruturalista para melhor condução da pesquisa e alcance dos resultados conjecturados. Já como técnica de pesquisa tem-se a bibliográfica documental em virtude do uso de livros, jurisprudências, leis e artigos. Assim sendo, ao ponderar o conceito de *Fake News* face ao cenário hodierno, bem como aferir os limites às liberdades de expressão e de imprensa delimitou-se a responsabilização cível em decorrência desse problema de ordem pública, seja de forma individual, seja com os veículos de imprensa e os provedores de internet.

Palavras-chave: *Fake News*. Responsabilidade civil. Meios eletrônicos.

ABSTRACT: This article aims to evaluate the civil liability for the dissemination of *Fake News* in electronic media, since this matter gains visibility in today's scenario, including with regard to the electoral context. From this perspective, academic discussion is essential in order to demystify this epistemological crisis. The methodology adopted was exploratory and descriptive, with a deductive, inductive and dialectical approach, in addition to presenting the historical and structuralist method of procedure to better conduct the research and reach the conjectured results. As a research technique, there is the documentary bibliography due to the use of books, jurisprudence, Laws and articles. Therefore, when considering the concept of fake news in the face of today's scenario, as well as assessing the limits to freedom of expression and of the press, civil liability was

delimited as a result of this public order problem, either individually or with the media, press and internet providers.

Keywords: Fake news. Civil responsibility. Electronic media.

INTRODUÇÃO

Desde o marco civil da internet até os dias atuais, verifica-se um crescimento exponencial de informações e conexões interpessoais, que possibilitou ainda mais a globalização. Nesse sentido, fica evidente que uma das causas da expansão das relações pessoais é a criação e uso das redes sociais, que permitem um contato maior e mais rápido entre as pessoas de diversas partes do mundo. Com isso, aquilo que era corriqueiro nas relações interpessoais presenciais, agora é presente de forma online, tanto no que tange aos atos lícitos e ilícitos. Portanto, as normas que se referem à responsabilidade das ações humanas são também aplicáveis às relações construídas online, de maneira que além da liberdade de expressão e de imprensa que alcançam esse modelo, de forma ainda mais expressiva, principalmente no que cerne às opiniões e manifestações políticas e *Fake News* disseminadas, a responsabilidade civil também deve ser aplicada, tanto em sua teoria subjetiva quanto objetiva, para assegurar o cumprimento das garantias e deveres previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, o presente trabalho abordará elementos de análise voltados para os aspectos que incluem como estudo preliminar a estrutura e as tendências da responsabilidade civil, principalmente no que cerne ao uso excessivo da liberdade de expressão e de imprensa em relação às *Fake News* utilizadas, que geram abuso de direito, especificado no Código Civil como ato ilícito. Nesse sentido, o problema da pesquisa é esclarecer de que forma há a responsabilização cível em face das *Fake News* em meios eletrônicos.

O tipo de pesquisa utilizado foi exploratório e descritivo, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, enquanto o método de procedimento foi histórico e estruturalista, com técnicas de pesquisa documentais, utilizando de leitura de materiais como artigos, trabalhos prévios e revisões literárias a fim de esclarecer algum conceito relevante.

O objetivo geral é compreender a responsabilidade civil pela divulgação de *Fake News* nos meios eletrônicos, bem como os limites entre a liberdade de expressão e de

imprensa, enquanto o específico é analisar o que é a liberdade de expressão e de imprensa e seus limites, bem como o sistema de freios e contrapesos.

UMA ANÁLISE DO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO EM FACE DO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DE *FAKE NEWS*

A presente pesquisa tem o fito de analisar o dever jurídico secundário em face das *Fake News*. Tal contexto ganha visibilidade no cenário contemporâneo à medida que discute as liberdades constitucionais, bem como as diligências jurisdicionais em prol do combate e da responsabilização em âmbito cível. Nesse sentido, não se pode olvidar da imprescindibilidade de conceituar o objeto de estudo para melhor compreender as tratativas deste.

“A mentira contada mil vezes se torna uma verdade” esse ditado de Joseph Goebbels, responsável pela divulgação midiática nazista, remete a intenção por trás da propagação de notícias inverídicas. Tal questão das *Fake News* dialoga com o livro 1984 de George Orwell, uma vez que a partir da distopia engendram-se um governo totalitário. A manipulação da língua, dos fatos históricos e até da própria ciência servem de elementos essenciais aos interesses que destoam dos ideais democráticos. Assim, nota-se a relevância da discussão e atuação jurídica para dirimir essa problemática do século XXI para que haja a aplicação normativa e a readequação do direito à realidade fática.

Enquanto, Tânia Padrão (2019, p.183) discute as *Fake News* sob perspectiva daquela declaração falsa produzida com propósito estratégico, bem como tem repercussões "relacionadas à liberdade de expressão, à neutralidade da rede, ao direito à informação, à remoção rápida de conteúdo falso, ao uso massivo de robôs online simuladores de ações humanas (*bots*)", dentre outras. João Figueira e Silvio Santos (2019, p.9) define “em dois planos básicos: no bombardeio a médio prazo, constante e intermitente, através de blocos monolíticos de pensamento [...] e na ação pontual em momentos decisivos por meio do massacre volumoso de posts”.

Há uma multiplicidade de conceitos uma vez que *Fake News* se enquadra na polissemia. Dessa maneira, vale mencionar a dimensão da facticidade e a dimensão intencional, enquanto a primeira diz respeito ao âmbito da realidade fática das produções, a segunda refere-se ao intuito do responsável pela divulgação com a intenção de ludibriar e forjar visando os interesses próprios.

Esse fenômeno, apesar de hodierno, perfaz desde a antiguidade. Seja na manipulação de imagens pela União Soviética visando excluir os chamados de inimigos do governo. Seja no contexto nacional no que tange às eleições entre Eurico Gaspar Dutra e Eduardo Gomes com a divulgação de falácias a respeito deste último.

Outrossim, no século VI houve um caso em que o historiador bizantino Procópio escreveu um livro sobre histórias secretas com veracidade duvidosa, visando arruinar a reputação de um imperador Justiniano. Assim, nota-se a manipulação das informações com inclinações individuais. Nos Estados Unidos as falácias foram efetivadas também na eleição de Barack Obama (PADILHA, 2019).

Ademais, a pós-verdade segundo a Academia Brasileira de Letras é uma informação que distorce deliberadamente a verdade, essa nomenclatura foi eleita a palavra do ano em 2016 pelo dicionário Oxford. E a propagação deliberada desemboca na crise epistemológica que envolve a perda da capacidade de verificação daquilo que de fato é verdadeiro. Nessa perspectiva, a *Fake News* na era da pós-verdade ganha um dinamismo maior, vez que excede a inverdade, e busca forjar a realidade utilizando os artefatos virtuais. Assim, é mister salientar que com a globalização e a informatização esse fenômeno ganha não apenas proporção, mas também impactos negativos abrangentes.

A pós-verdade se desdobra em dois elementos, perspectivismo e relativismo. Enquanto a primeira parte do pressuposto que existem várias perspectivas, logo defender uma verdade absoluta seria negar as demais, o que afasta das necessidades pragmáticas da vida em sociedade. Já o segundo, pauta na ideia de que não há verdade factual logo há a possibilidade de várias interpretações, haja vista a inexistência de uma realidade. Tais elementos são perceptíveis na disseminação de *Fake News*.

As notícias falsas, apesar de não serem um fenômeno novo, ganharam proporção com o advento da internet. Em razão disso, a pesquisa de 2018 do Instituto Mundial de Pesquisa (IPSO) informou que cerca de 62% dos brasileiros admitem ter acreditado em *Fake News*, bem como usam o *Whatsapp* como fonte de notícia. Sendo assim, é perceptível a vulnerabilidade da população às notícias inverídicas (HUMPRECHT, 2018).

A divulgação por meios eletrônicos criptografados obsta a fiscalização e dificulta a identificação do responsável pelas inverdades. Não se pode olvidar, da utilização de *bots* na disseminação. Essa exposição maciça às informações corrobora com o

falseamento da realidade que por vezes é discutida sob o ponto de vista da ideologia pessoal.

Muito se discute acerca do comportamento emocional vinculado às *Fake News*. Tal comportamento emocional de determinado grupo leva a sistemática de circulação dos conteúdos. Dessa maneira, os consumidores buscam não apenas algo que diz respeito aos próprios pontos de vista, como um viés de confirmação do interesse pessoal, mas também a tendência de ceticismo em relação a percepção da realidade como correta, estigmatizando os outros como desinformados.

Esse compartilhamento desmedido, segundo o estudo do *New York Times*, pauta-se na questão de status e a emoção que envolve o ato de compartilhar. O que está imerso ao imaginário das redes sociais e das crenças enraizadas, em que há distanciamento do mundo real para o virtual, essa noção deixa as pessoas suscetíveis às notícias falsas.

Nessa toada, as *Fake News* ganharam visibilidade no ano de 2016 nas eleições estadunidenses. Isso devido à exacerbada divulgação de notícias falsas contra a candidata Hillary Clinton, tal cenário ameaçou até o processo eleitoral e democrático na época. Suzane Vasconcelos (2019) assenta sobre o fato:

O fenômeno das *Fake News* não é algo novo, mas seu interesse cresceu desde a eleição de Donald Trump como 45º presidente dos Estados Unidos (HIRST, 2017:82). Antes desse momento as *Fake News* eram mais restritas a explorar incidentes marcantes, a exemplo: “o chamado dossiê de WMD que precipitou a invasão do Iraque em 2003 e nossa compreensão de publicações satíricas como *The Onion*, ou ao trabalho de radiodifusores cômicos como Jon Stewart e Stephen Colbert (Hirst, 2011)” (HIRST, 2017:82). Como se observa do antes e depois das eleições estadunidenses de 2016, houve um certo divisor de águas no estilo das *Fake News* mudando o padrão corrente (BEZERRA, 2019, p.221).

Segundo o Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT, na sigla em inglês) as *Fakes News* espalham 70% mais rápido do que as verdadeiras. Com isso, são compartilhadas por serem mais sensacionalistas ou vinculadas a um ideal próprio de determinado grupo. Portanto, a desinformação por ausência de educação digital intensifica tal processo (PADILHA, 2019).

As consequências são danosas à sociedade ao levar em consideração a amplitude das falácias. Essa pulverização pode retardar investigações policiais, ameaçar as instituições democráticas, influenciar negativamente a cidadania da nação, punir de forma injusta determinadas pessoas e demais efeitos por vezes irreversíveis. O caso da mulher em São Paulo em 2014, espancada até a morte após a postagem de suposta sequestradora,

ou a intensificação da crise dos *rohingya* em 2012 após publicação de vídeos inverídicos de guerras antigas, ilustram tal problemática (BBC, 2021).

Ante o exposto, em âmbito jurídico há danos e há responsabilização à integridade psíquica, à imagem e demais, conforme o Código Civil de 2002. Ao analisar o caso concreto, por vezes, é até cabível a capitulação jurídica referente aos crimes eleitorais, o que será abordado ao longo do presente trabalho.

Nesse ínterim, notório se faz o marco civil da internet que visa estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, bem como acerca da determinação de diretrizes para a atuação do Estado. Todavia, percebe-se a ineficiência deste e a necessidade de atuação do poder judiciário, em razão da não aplicação, por exemplo, em âmbito eleitoral no presente ano com a divulgação de inverdades, as quais influenciam no resultado do pleito.

As propostas de intervenção para dirimir esse problema tem-se não apenas a aplicação da Lei nº 12.965/14, mas a responsabilização cível. A questão da responsabilização transcende o social e é vislumbrado no âmbito jurisdicional, como entende o Tribunal Superior Eleitoral:

EMENTA: ELEIÇÕES 2016. PLEITO SUPLEMENTAR. WHATSAPP. GRUPOS DO APLICATIVO. MENSAGENS OFENSIVAS. CANDIDATO AO CARGO DE PREFEITO. DISSEMINAÇÃO DE CONTEÚDO APÓCRIFO. ART. 57-D, CAPUT E § 2º, DA LEI 9.504/97. INFRAÇÃO. ANONIMATO CONFIGURADO. RECURSOS PROVIDOS. RESTABELECIMENTO. SENTENÇA. MULTA. INCIDÊNCIA. [...] O art. 57-D da Lei das Eleições assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato durante a campanha eleitoral, por intermédio da rede mundial de computadores – internet – e por outros meios de comunicação interpessoal por meio de mensagem eletrônica. Por sua vez, o § 2º do mesmo dispositivo estabelece que "a violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)". A norma visa coibir a disseminação de conteúdos apócrifos, o que se verifica especialmente em aplicativos de mensagens instantâneas, cada vez mais utilizados pelo público em geral, inclusive para a republicação de informações falsas e sem autoria conhecida – as chamadas Fake News – , situação que tem repercutido significativamente no contexto das campanhas eleitorais. [...] CONCLUSÃO: Recursos especiais providos, a fim de reformar o acórdão regional, para restabelecer a sentença que julgou procedente a representação eleitoral e aplicou aos representados multa individual no valor de R\$ 5.000,00, em face da contrariedade ao art. 57-D e aos §§ 2º e 3º da Lei 9.504/97 (Tribunal Superior Eleitoral, 0600024-33.2019.6.20.0006. REspEI - Recurso Especial Eleitoral nº 060002433 - CEARÁ-MIRIM – RN. Acórdão de 17/02/2022. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação:DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 36, Data 07/03/2022).

Em virtude do apresentado, observa-se a crise epistêmica do século XXI em que ultrapassa atos e se desdobra em um problema de ordem global. Com isso, é indispensável o desempenho da sociedade, do governo, do poder legislativo, da segurança pública com

melhor aparelhamento e uso da inteligência artificial e principalmente do poder judiciário. À vista disso, a pesquisa intenta relacionar a atuação dos operadores do direito em face da responsabilização no que concerne às *Fake News*.

Nota-se a necessidade da alfabetização midiática e informacional em tempo de *Fake News*. Ao considerar essa imprescindibilidade remete-se o pensamento de Paulo Freire (1980) sobre a educação dialógica até mesmo no cenário digital, uma vez que as diligências do poder executivo são ineficientes a longo prazo. Assim, é relevante desmistificar e informar a população com fontes verdadeiras da educação digital. O que não escusa a responsabilidade das pessoas em se informarem, uma vez que se trata de uma problemática pública.

No poder legislativo observa-se a criação de medidas assecuratórias como a CPMI das *Fake News* em 2019. Essa preocupação surge com base na pesquisa DataSenado (2022) onde aponta que 45% das pessoas decidiram seu voto com base em informações obtidas em redes sociais. Tal contexto reitera a divulgação massiva de informações. Além disso, há uma proposta de criação da Lei nº 2.630/2020, a qual é responsável pela ampliação da transparência na internet e repressão às *Fake News*. Ao levar em consideração essas atribuições alçadas a eles, nota-se a competência de checagem das informações.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES

A liberdade de expressão é um direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), mais especificamente no artigo 5º, que trata dos direitos e das garantias fundamentais.

Tal direito, não é tratado em apenas um inciso, uma vez que se verifica a abordagem dessa temática sob vários aspectos e interpretações ao longo de toda a constituição, que visa a liberdade do homem como algo fundamental a ser respeitado, uma vez que é um ser expressivo de ideias e valores.

A título de exemplo, o artigo 5º, inciso IX, traz uma norma de eficácia imediata, em que diz que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). Entretanto, o abuso desse direito, vem de todos os lados, independente do posicionamento político. Dentre esses excessos da utilização da liberdade de expressão, temos o ataque à imagem

e a honra, acompanhada de discursos de ódio, argumentos preconceituosos e discriminatórios contra a crença de outrem.

Outrossim, ainda sob essa perspectiva, a CRFB/1988 traz em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, de forma a assegurar o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, fato este que garante uma eventual responsabilização civil caso esses preceitos sejam violados.

No artigo 187 do CC/02, tem-se a descrição do que viria a ser considerado um abuso de direito, que seria a prática de um ato ilícito quando o titular de um direito que, ao exercê-lo, ultrapassasse os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Desse modo, a ofensa aos direitos personalíssimos por excesso de liberdade de expressão configura um ato ilícito, que como qualquer outro, gera uma responsabilidade e um dever de reparar o dano causado. Ainda dentro desse direito material, o artigo 186 considera um ato ilícito a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole um direito e cause um dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Ainda de encontro com essa ideia, dentro do Estado Democrático de Direito, realidade atual do Brasil, tem-se o princípio da proporcionalidade que traz a técnica de solução de conflitos principiológicos, uma vez que se tratando de interesses conflitantes, terá de ser feito um balanceamento de normas dentro de um caso concreto. Por isso é necessário que quando houver um conflito de princípios em que há um abuso de direito, seja aplicado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade por autoridades competentes, de forma que não se torne censura, pois esta reprime a sociedade a ponto de deixar seus integrantes oprimidos, o que, de acordo com famoso psiquiatra Bruno Lamoglia (2020), só aumenta o conflito entre as pessoas dessa sociedade, que precisam ser ouvidas e compreendidas.

Dessa maneira, a limitação da liberdade de expressão, se feita de forma errônea e radical, além de ferir um direito fundamental, pode gerar revoltas ainda maiores. Em contrapartida, o excesso dessa garantia constitucional também gera um abuso de direito e torna a sociedade hostil, violenta, e desorganizada, em que não há limite e respeito por outrem. Portanto, é necessário organizar e equilibrar a aplicação dessas garantias fundamentais e constitucionais para que continuem atendendo ao bem-estar social e mantendo a ordem pública.

O direito da personalidade é baseado na dignidade da pessoa humana, que explora a relação entre particulares. São direitos que preservam a integridade física, psíquica e moral dentro da individualidade de cada pessoa. Esses direitos possuem um rol exemplificativo, ou seja, não exaustivo, pois tem um número ilimitado de hipóteses, como diz Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p.25): “[...] são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos [...]”. Dentro deste amplo tema, temos o direito à honra (calúnia, injúria e difamação), à imagem, à vida privada, ao nome, dentre tantos outros.

LIBERDADE DE IMPRENSA E SEUS LIMITES

A liberdade de imprensa está ligada ao direito de acesso à informação, nesse sentido, a Constituição Federal também tem alguns incisos que permitem a criação e acesso à diversas fontes informacionais, como livros, jornais, podcasts, documentários, tudo isso sem interferência do Estado. Além disso, ainda há leis infraconstitucionais que regulam essa garantia, de forma que não haja qualquer abuso de direito tanto no sentido do excesso quanto da restrição da liberdade de imprensa, e que não fira os demais princípios da atual CRFB/1988.

Atualmente, está em vigor a Lei de Liberdade de Imprensa, Lei 2.083/1953, que permite a publicação e circulação de jornais ou meios similares dentro do território nacional. Assim, no artigo 1º dessa lei, diz que: “É livre a publicação e a circulação no território nacional de jornais e outros periódicos” (BRASIL,1953). Entretanto, assim como qualquer outro direito e garantia dentro de um Estado Democrático de Direito, não é ilimitado, ou seja, vai haver controle no que tange ao uso excessivo desse direito. Para isso, foi criada restrições ao uso dessa liberdade, como diz o artigo 220, da CFRB/1988, que compete às leis federais essa limitação, como é o caso de regular o horário e faixa etária permitidos, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

É importante dizer que o artigo 5º, inciso X, da CFRB/1988 traz a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano moral ou material em decorrência de sua violação.

Nesse sentido, aquele que difama, calunia ou injuria outros, usando da palavra escrita ou verbal, como ocorre no discurso de ódio, pode ser responsabilizado civil ou criminalmente pelas consequências de seus atos. Nesse sentido, vale ressaltar que, assim como a liberdade é prevista nas leis constitucionais, a dignidade humana também é, não sendo permitido a agressão à honra alheia.

Como em todo direito e dever há exceções, tem que se falar da possibilidade de críticas às pessoas públicas, bem como autoridades, desde que não declarem inveridicamente a imputação de crimes ou fatos desabonadores, como é o caso das *Fake News*, termo amplamente utilizado atualmente no cenário de eleições e nos meios propagadores de informações.

Um exemplo clareador dessas ideias é a pessoa que, ao utilizar do seu direito de liberdade de expressão, traz manifestações antidemocráticas, principalmente no maior meio difusor de informações: as redes sociais, de forma a incitar a intolerância e a violência que são condutas que ferem os princípios constitucionais.

Nesse sentido, para o zelo e a proteção do Estado Democrático de Direito é necessário que o abuso de direito seja reconhecido e responsabilizado, nas esferas civil, penal e administrativa.

SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Na obra “O Espírito das Leis”, Montesquieu (2010) trouxe, no período da Revolução Francesa, a teoria da Separação de Poderes, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos. Nesse sentido, seria necessária a existência de três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, que juntos conseguiriam afastar governos absolutistas e autoritários, de forma a evitar um governo com normas tirânicas. Nesse sistema, cada poder é autônomo, porém poderiam ser controlados entre si, de forma que um poder do estado estaria apto a controlar os abusos do outro para manterem o equilíbrio e a harmonia.

No artigo “Considerações sobre a teoria do sistema de freios e contrapesos” da Juíza do TJDFT Oriana Piske e do acadêmico de direito Antônio Benites Saracho:

O Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, de administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o Sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes

para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo, assim, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. Para que o abuso de poder não ocorra, é necessário que "o poder freie o poder"(PISKE; SARACHO, 2018)

Portanto, o sistema de freios e contrapesos contém os abusos causados pelos outros poderes quando se resulta num conflito de interesses, como forma de manter o equilíbrio e a harmonia em cada caso concreto. Verifica-se, então, a semelhança dessa teoria com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, que pondera a aplicação de princípios em cada caso concreto com o objetivo de evitar abusos e hierarquias de princípios, direitos e deveres.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

De acordo com o artigo 927 do Código Civil de 2002, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Nesse sentido, a responsabilidade civil constitui a consequência do dano causado pelo ato ilícito, a qual atribui ao autor a obrigação de repará-lo.

Trata-se de uma restauração de equilíbrio com o objetivo não só de punir aqueles que praticam a ilicitude, mas também de servir como exemplo para a sociedade. Este instituto compõe-se de pressupostos para que seja aferida a sua existência, sendo estes a conduta do agente, o dano à vítima, o nexo causal e a culpa (GONÇALVES, 2022).

Em regra, a responsabilidade será subjetiva, configurando aquela a qual a culpa (i.e.: imperícia, imprudência e/ou negligência) do autor é observada. No entanto, o agente também pode obter responsabilidade objetiva pelo ato ilícito efetuado, a qual não se afere a culpa do agente (GONÇALVES, 2022). Sob essa ótica, expõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil que: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (BRASIL, 2002).

Logo, aqueles envolvidos na produção e divulgação das *Fake News* podem ser responsabilizados civilmente pelos seus atos, uma vez que ferem os direitos fundamentais da pessoa humana. Na esfera digital, a responsabilidade pode se dissipar para além do autor, se alastrando para o veículo de transmissão bem como aos provedores da internet de acordo com o caso concreto.

RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

Conforme o inciso X, artigo 5º, do texto constitucional, a produção de informações falsas pode incitar dano à honra ou, até mesmo, ao direito à privacidade e à imagem a depender do conteúdo. Isto posto, havendo a certeza do dano e a violação de direitos personalíssimos do ofendido, a vítima pode buscar a sua reparação no âmbito civil atribuindo ao agente o dever de indenizá-la. De mesmo modo, é visto este entendimento na jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. RESPONSABILIDADE PELO EXCESSO IMPUTADA A POSTERIORI. COLUNA DE FOCAS. ESPECULAÇÃO FALSA ACERCA DE PATERNIDADE DE PESSOA FAMOSA. OFENSA A DIREITO DE PERSONALIDADE. CONFIGURAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO. ADEQUAÇÃO.

1. Conforme se extrai do voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 4.815/DF, "o dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro". 2. A liberdade de imprensa - embora amplamente assegurada e com proibição de controle prévio - acarreta responsabilidade a posteriori pelo eventual excesso e não compreende a divulgação de especulação falsa, cuja verossimilhança, no caso, sequer se procurou apurar. 4. Gera dano moral indenizável a publicação de notícia sabidamente falsa, amplamente divulgada, a qual expôs a vida íntima e particular dos envolvidos. 5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais quando este se mostrar ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que o valor foi estabelecido na instância ordinária de forma desproporcional à gravidade dos fatos. 6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(STJ - REsp: 1.582.069 RJ, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 16/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2017)

Malgrado a liberdade de expressão confira aos indivíduos o direito de livre manifestação do pensamento, o agente que informa e divulga informações falsas responde pelo excesso de suas alegações no cenário em que causar dano à moralidade do ofendido. Ademais, a publicação a qual expõe a vida privada da vítima também gera dano moral indenizável, devendo ser analisado no caso concreto.

Adicionalmente, tem-se a possibilidade de punição do autor na esfera criminal conforme tipifica os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal referentes aos crimes contra

a honra: calúnia, difamação e injúria, respectivamente. A respeito dos referidos dispositivos, dispõe o artigo 953 do Código Civil:

A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (BRASIL, 2002).

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao ofendido a possibilidade de reparação do dano sofrido em ambas as esferas jurídicas de forma a assegurar o valor da honra e reputação.

RESPONSABILIDADE DA IMPRENSA

Frente o exposto, nos casos em que há ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, podem ser responsabilizados não somente os autores da ofensa como também aqueles que contribuíram para a sua divulgação (GONÇALVES, 2022).

De acordo com o doutrinador Antônio Jeová Santos (2001), nos casos relativos aos *information providers* (provedores da informação), estes podem ser responsabilizados pela disseminação das *Fake News* pois, uma vez que alojam o conteúdo em seu veículo, assumem o risco de eventual ataque ao direito personalíssimo de terceiro, sujeitando-se à indenização por dano moral (GONÇALVES, 2002).

Anteriormente, interpretava-se a responsabilidade da imprensa com base na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), a qual previa a liberdade de imprensa e a punição daqueles que praticarem abusos no seu exercício. Entretanto, em seus artigos 51 e 52, a lei também permitia o arbitramento do dano moral em até duzentos salários-mínimos, o qual configurava um limite ao valor da indenização.

Observou-se então uma incompatibilidade do dispositivo com a CFRB/1988, a qual preconiza o princípio da indenizabilidade irrestrita (conforme o artigo 5º, incisos V e X). Diante disso, com o julgamento da ADPF n. 130, a Lei de Imprensa foi revogada pelo STF, o qual determinou a sua suspensão integral. Assim, nos casos referentes à responsabilização da imprensa, os intérpretes do direito deveriam basear-se na Constituição Federal e nos Códigos Civil e Penal para julgar ações movidas contra os meios de comunicação e jornalistas.

Ante este cenário, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 221, dispôs: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela

imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (STJ, 1999). Ademais, o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros apregoa que o publicista deve pautar-se pela veracidade dos fatos na produção e divulgação de informações (FENAJ, 2007).

Diante disso, com o aumento da divulgação de *Fake News* no contexto atual, tem-se visto entendimento semelhante sendo aplicado pelos tribunais sobre os casos em que, em aparente confronto com a liberdade de expressão e imprensa, haverá dever de indenizar a vítima por ofensa a direitos personalíssimos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROGRAMA DE RÁDIO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA FALSA. RESPONSABILIDADE DO AGENTE E DO VEÍCULO TRANSMISSOR. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE REPRODUÇÃO DE NOTÍCIA JÁ VEICULADA POR OUTROS CANAIS COM REFERÊNCIA ÀS FONTES. FATO QUE NÃO EXCLUI O DEVER DE AVERIGUAR A VERACIDADE DO FATO. ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. DIREITO DE RESPOSTA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. QUANTUM ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Aquele que veicula notícia jornalística tem o dever de verificar a veracidade dos fatos informados, especialmente se tal notícia tem cunho desonroso e capacidade de abalar a imagem de outrem. - Ao veicular, erroneamente, que o Apelado havia sido preso pela Polícia Federal, sem confirmar, previamente, a veracidade do fato com o órgão responsável pela suposta prisão, sem dúvidas, o Apelante extrapolou o direito de informação.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 01018518520128152001, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. LEANDRO DOS SANTOS, j. em 24-04-2018)

Desse modo, atribui-se à imprensa um dever de agir de acordo com a moral de forma a inibir a disseminação de fatos inverídicos que causem danos a terceiros, sob o risco de responsabilidade civil de natureza subjetiva e solidária com o autor do conteúdo.

RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET

No que se refere aos provedores de internet muitas são disparidades entre as jurisprudências a respeito da temática, as quais moldaram de forma paulatina o entendimento atual. Anteriormente à regulamentação do Marco Civil da Internet (MCI), argumentava-se tanto para uma isenção da responsabilidade quanto para uma responsabilização subjetiva ou objetiva do provedor por conteúdo de terceiros.

Outrossim, discutia-se também se a responsabilização dependeria ou não de uma prévia notificação extrajudicial ou judicial.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o sistema do *notice and take down*, o qual dispõe a necessidade de notificação extrajudicial do provedor de serviços para retirada de qualquer conteúdo que seja ilícito. Logo, caso inerte quanto à notificação, o provedor poderia ser responsabilizado solidariamente com o autor do ilícito pelo respectivo dano causado.

No entanto, com a Lei n. 12.965/2014, foram estabelecidos direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, bem como representou uma nova normatização sobre a responsabilidade dos seus provedores quanto a conteúdos inseridos por terceiros. O dispositivo consagrou o princípio da inimputabilidade da rede, o qual, segundo o Comitê Gestor da Internet, preconiza a punição dos responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte frente a ilícitos na internet (CGI, 2009).

Nesse viés, no artigo 19º, a Lei do Marco Civil da Internet menciona:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

De acordo com a norma, seria então necessária a inércia do provedor perante uma notificação judicial para caracterizar a sua responsabilidade por conteúdos ilegais divulgados pela internet. Todavia, tal previsão contraria o posicionamento jurisprudencial anterior desenvolvido pelo STJ, o qual se contentava tão somente com a inércia perante a notificação extrajudicial para imputar a responsabilidade ao provedor.

À vista disso, a referida Corte apresentou o entendimento de que, para ilícitos cometidos anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil, seria aplicado o sistema do *notice and take down*. Por outro lado, tem-se a prevalência do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014 para os casos ocorridos na vigência do MCI, conforme os termos da jurisprudência:

(...) a regra a ser utilizada para a resolução de uma dada controvérsia deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes. Para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte. No entanto, após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da

notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet (STJ - REsp: nº 1892249 – RJ, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJe 21/09/2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da internet, a disseminação das *Fake News* tornou-se mais constante, sobretudo com a utilização das redes sociais como meio de informação. Com isso, observa-se uma preocupação no ordenamento jurídico brasileiro em regulamentar desse assunto tão atual.

Pelo exposto, é visto que o texto constitucional assegura aos indivíduos a liberdade de expressão como forma de garantir o direito da livre manifestação de pensamentos e divulgação de informações. Todavia, nos casos em que a narração inverídica gerar dano à honra, imagem, intimidade e a vida privada de terceiros, pode-se verificar judicialmente o uso indevido desse direito.

Nesse cenário, se faz necessária a ponderação de garantias mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade pelas autoridades judiciárias a fim de analisar, no caso concreto, o confronto entre a liberdade de manifestação do autor e a integridade da honra e imagem do ofendido. Sequencialmente, uma vez verificado o abuso de direito, os sujeitos envolvidos na produção e disseminação das *Fake News* se tornam responsáveis pela reparação do dano causado.

No âmbito civil, a divulgação de especulação falsa acarreta a responsabilização do autor por eventual excesso que gere dano à moralidade do ofendido. Nessa hipótese, nos termos da jurisprudência dos tribunais superiores e dispositivos legais, admite-se a condenação por danos morais indenizáveis.

Outrossim, o papel da mídia na transmissão de notícias se demonstra fundamental para garantir o acesso à informação pela população. A liberdade de imprensa, assegurada pela CRFB/1988, permite a difusão de ideias pelos meios de comunicação em massa e inibe a censura de modo a preservar o princípio democrático.

No entanto, no meio midiático, tem-se visto notícias cujo caráter sensacionalista se apoia na falsidade dos fatos. Diante desse contexto, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os veículos midiáticos são civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano na esfera cível de forma solidária com o autor do escrito, uma vez verificado abuso da livre expressão e ofensa a terceiros.

Há de se observar ainda que a responsabilização civil pela divulgação das *Fake News* pode ser transmitida para os provedores de internet, nos casos em que, após notificados, não retirarem o conteúdo ofensivo da plataforma. Nesse sentido, anteriormente ao Marco Civil da internet, a jurisprudência contentava-se com a inércia frente à notificação extrajudicial para caracterizar o dever jurídico secundário aos provedores.

Com o advento da Lei n. 12.965/2014, consagrou-se o princípio da inimputabilidade da rede, com o fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. Por conseguinte, mudou-se a interpretação no sentido de que só poderiam ser responsabilizados civilmente os provedores de internet por danos gerados por terceiros se descumprissem ordem judicial específica para retirada do conteúdo. Assim, para os casos ocorridos após o MCI, prevaleciam os entendimentos jurisprudenciais baseados no referido dispositivo legal.

Conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem criando novos mecanismos a fim de mitigar o dano causado pelas *fake news* aos direitos individuais. Observa-se a presença de dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que visam punir civilmente os autores e meios de transmissão pelo conteúdo ilícito compartilhado. Contudo, a divulgação de notícias falsas ainda possui grande alcance na sociedade atual, o que evidencia um desafio para a garantia da proteção dos direitos dos ofendidos e a prevenção de abusos da liberdade de imprensa e expressão de forma a não constituir censura à informação.

REFERÊNCIAS

BBC. Facebook: como a rede social se tornou peça central na crise política de Myanmar. BBC News, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55944504>. Acesso em: 29 de out. 2022.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (orgs). **Combate às Fake News.** São Paulo: Editora Posteridade, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01 de nov. 2022.

BRASIL. Lei 2.083, de 12 de novembro de 1953. Regula a Liberdade de Imprensa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Institui o **Marco Civil da Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL, Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953. **Lei da Liberdade de Imprensa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20livre%20a,moral%20e%20os%20bons%20costumes. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial. Nº 1.342.640**. São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data do Julgamento: 07/02/2017. Data de Publicação: Dje 14/02/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/433489504/relatorio-e-voto-433489530>. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1.582.069**. Ação de indenização por danos morais. Liberdade de imprensa. Responsabilidade pelo excesso imputada a posteriori. Coluna de fofocas. Especulação falsa acerca de paternidade de pessoa famosa. Ofensa ao direito de personalidade. Configuração. Valor da indenização. Diminuição. Adequação. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 16/02/2017. Data de Publicação: DJe 29/03/2017. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2017-02-16;1582069-1606237>. Acesso em: 03 de Nov. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1892249**. Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Publicação: DJe 21/09/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1296270782/decisao-monocratica-1296270795>. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. - **Acórdão/Decisão do Processo Nº01018518520128152001**. 1ª Câmara Especializada Cível, Relator Des. Leandro dos Santos, julgamento em 24/04/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pb/804449205>. Acesso em: 31 de dez. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os limites da liberdade de expressão**. USP. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao->. Acesso em: 31 de out. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Resolução CGI.br/RES/2009/003/P**. Dispõe sobre os princípios para a governança e uso da internet no Brasil. São Paulo (SP): 2009. Disponível em: <http://www.cgi.br/principios/>. Acesso em: 30 de out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **A Divulgação de Notícias Falsas e as Possibilidades de Responsabilização**. Editora JusPODIVM, 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/11/divulgacao-de-noticias-falsas-e-possibilidades-de-responsabilizacao/>. Acesso em: 27 de out. 2022.

FARIA, Igor Carvalho Ulhôa. **Noticeand Take Down: Ponderações sobre o Sistema**. Revista Brasileira de Prática Jurídica. Vol. 3. Págs. 118-130. Mar/2022. Disponível em: <https://rbpj.direito.ufmg.br/index.php/rbpj/article/view/5>. Acesso em: 29 de out. 2022.

FIGUEIRA, J. & Santos, S. (Orgs.), **As Fake News e a Nova Ordem (Des)Informativa na era da Pós-Verdade**, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 283 pp., ISBN: 978-989-26-1777-0
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Vitória: 04 de agosto de 2007.

FLUMINGNAM, Wévertton Gabriel Gomes. **As fake news à luz da legislação brasileira**. Revista Científica Disruptiva: 2020. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/67/106>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

FONSECA, Rafaela Pereira; RAVACHE, Rosana Lia. **O problema da “Fake News” na era da informação**. Disponível em: <https://www.periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/view/1636/1767>. Acesso em: 31 de out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro 4 – Responsabilidade Civil**. Volume 4. 17ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

HUMPRECHT, Edda. (2018), **“Where ‘Fake News’ Flourishes: A Comparison across Four Western Democracies”**. Information, Communication & Society, v. 22, n. 13, pp. 1973-1988.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. FREITAS, Viviane Gonçalves. AGGIO, Camilo de Oliveira. SANTOS, Nina Fernandes. **Fake News e o Repertório Contemporâneo de Ação Política**. Scielo: 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/M47Czv8v8HzwQ6DKjBqJvjg/?lang=pt>. Acesso em: 29 de out. 2022.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução: Alexandre Hubner, Heloisa jahn; posfácio Erich Fromm, Ben Pimlott, Thomas Pynchon.

PADILHA, Paulo Roberto; ABREU, Janaina (orgs). **Paulo Freire em tempos de fake news**. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2019.

PARANÁ, Tribunal da Justiça. **O perigo das fake news**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnIqe/content/o-perigo-das-fake-news/14797?inheritRedirect=false. Acesso em: 31 de out. 2022.

PARENETE, André. **Fake news, marco civil da internet e Constituição Federal**. SEDEP. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/fake-news-marco-civil-da-internet-e-constituicao-federal/>. Acesso em: 28 de out. 2022.

PISKE, Oriana. SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 31 de out. 2022.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. Ed. Lejus. Dano moral na internet. Ed. Método, 2001.

SENADO. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado**. Fonte: Agência Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em: 29 de out. 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. **Responsabilidade Civil de Provedores na Rede: Análise da Aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça**. Revista IBERC. Minas Gerais. Vol. 1. N. 1. Págs. 01-28. Nov-Fev/2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/issue/view/1>. Acesso em: 29 de out. 2022.

**A IMPOSSIBILIDADE DE PRONÚNCIA BASEADA EM
ELEMENTOS INFORMATIVOS**
THE IMPOSSIBILITY OF PRONUNCIATION BASED ON INFORMATIONAL
ELEMENTS

Carlos Vinnicius Gonçalves Silva
<http://lattes.cnpq.br/2832370931288385>

Moisés Bento Lacerda Neto
<http://lattes.cnpq.br/0256186203573613>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo suscitar reflexões sobre o recente *overruling* (alteração do entendimento jurisprudencial) do Supremo Tribunal Federal em relação à impossibilidade de pronúncia em julgamentos de competência do Tribunal do Júri, baseada somente em elementos informativos produzidos durante o inquérito policial, e as novas perspectivas para a consolidação de tal entendimento na prática. Para tanto, foram analisadas as características da fase sumária do procedimento do Júri e os institutos que compõem a decisão de pronúncia para, finalmente, formular críticas a respeito dos dogmas presentes na decisão de pronúncia. O trabalho utiliza técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, destacando dispositivos da Lei Processual Penal e o pensamento de parcela da doutrina nacional sobre a temática, além de estudo acerca das decisões jurisprudenciais. O objetivo do trabalho é analisar os principais fatores que propiciaram o recente *overruling* no entendimento dos tribunais superiores sobre a impossibilidade de impronúncia baseada somente em elementos informativos produzidos em sede de investigação policial, sendo essencial o aprofundamento e debate acerca do tema, uma vez que jurisprudencialmente a matéria ainda não se encontra pacificado verticalmente nos tribunais estaduais e em juízos de 1ª instância.

Palavras-chave: Processo Penal; Tribunal do Júri; Pronúncia; Elementos Informativos.

ABSTRACT: This article aims to bring reflections on the recent *overruling* (change in the jurisprudential understanding) of the Federal Supreme Court, in relation to the impossibility of pronouncement in judgments of competence of the Jury Court, based only on evidence produced during the police investigation, and the new perspectives for the consolidation of such an understanding in practice. In order to do so, the characteristics of the Jury procedure of the first phase were analyzed. The institutes that make up the pronouncement decision, to, finally, formulate criticisms about the dogmas present in the pronouncement decision. The work uses bibliographical and documentary research techniques, highlighting provisions of the Criminal Procedure Law and the thinking of part of the national doctrine on the subject, in addition to studying jurisprudential decisions. The objective of this work is to analyze the main factors that led to the recent *overruling* in the understanding of the superior courts about the impossibility of dismissal based only on informative elements produced in the police investigation, being essential the deepening and debate on the subject, since jurisprudentially the matter has not yet been vertically pacified in state courts and lower courts.

Keywords: Jury Court; Pronunciation; Inquisitive Evidence.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é um dos sistemas mais antigos da história do ocidente. Nesse sentido, é válido ressaltar que as civilizações mais antigas possuíam procedimentos semelhantes às vigentes atualmente. No Brasil, a Constituição de 1988 foi linear para definir a participação popular e a oxigenação do judiciário; todavia, durante a primeira fase do Júri, procedimento legislado pela técnica e competente a um Juiz togado, foram criados institutos que sobrepujam o bem social aos direitos individuais do acusado.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os principais fatores que propiciaram o recente *overruling* no entendimento dos tribunais superiores sobre a impossibilidade de impronúncia baseada somente em elementos informativos produzidos em sede de investigação policial. Sendo assim, o estudo reclama maior aprofundamento, porquanto mesmo com a pacificação do entendimento nos tribunais superiores, ainda são proferidas decisões em sede de tribunais estaduais e em 1ª instância, gerando sentenças não só em desacordo com a jurisprudência dominante mas em afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal.

A origem do debate ocorre principalmente pela decisão liminar proferida durante a análise do HC Nº. 712098 – MG, que teve como Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, e suspendeu às pressas a realização de uma sessão do Tribunal do Júri por intermédio da aplicação do novo entendimento adotado pelas instâncias superiores.

O cerne do problema surge quando os magistrados optam por levar os acusados a julgamento com base somente em elementos de prova colhidos durante a fase investigativa; isto é, no momento em que ainda não prevalece o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, indícios são considerados presunções.

O método utilizado para o desenvolvimento do presente trabalho foi o dedutivo, através da análise bibliográfica, buscando em trabalhos, livros, artigos e revistas científicas, sítios eletrônicos e monografias, embasamento para a pesquisa. Além disso, foi realizada uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores de modo a evidenciar a consolidação da mudança do entendimento jurisprudencial.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri é um dos institutos mais antigos existentes na história da humanidade. Isso porque sua origem advém da Magna Carta da Inglaterra, do ano de 1215. Existiam, em algumas das principais civilizações antigas, determinados júris semelhantes aos que se notam atualmente.

Nesse sentido:

o Tribunal dos Vinte e Três, o qual teve origem na Palestina, nas vilas onde houvesse populações superiores a 120 famílias, era previsto cortes responsáveis pelo Julgamento de processos criminais que poderiam resultar em penas de morte. Os membros que compunham a Corte eram escolhidos entre os padres, levitas e os chefes das famílias mais renomeadas. (NUCCI, 2015, p. 56-57)

A sociedade grega possuía o Tribunal de Heliastas desde o século IV a.C., o qual tinha competência comum, reunia-se em praça pública, servia como jurisdição plena e era composto por cidadãos representantes do povo. Na sociedade de Esparta, os Éforos (juízes do povo) possuíam atuação conforme a de Heliastas (NUCCI, 2015, p. 59).

Durante o período do Iluminismo, houve uma popularização da utilização do Tribunal Popular como forma de combater os métodos autoritários existentes durante o regime monárquico, especialmente após a Revolução Francesa ocorrida em 1789. Assim, houve uma aceitação desse modelo, seguindo os ideais de liberdade e democracia semeados em toda a Europa:

Após a Revolução Francesa, de 1789, tendo por finalidade o combate às ideias e métodos esposados pelos magistrados do regime monárquico, estabeleceu-se o júri na França. O objetivo era substituir um Judiciário formado, predominantemente por magistrados vinculados à monarquia, por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais republicanos. A partir disso, espalhou-se pelo resto da Europa, como um ideal de liberdade e democracia a ser perseguido, como se somente o povo soubesse proferir julgamentos justos. Relembremos que o Poder Judiciário não era independente, motivo pelo qual o julgamento do júri apresentava-se como justo e imparcial, porque produzido por pessoas do povo, sem a participação de magistrados considerados corruptos e vinculados aos interesses do soberano. (NUCCI, 2020, p. 57)

A adoção do Júri no Brasil ocorreu em 1822, por meio da Lei de 18 julho, anteriormente à data da independência (7 de setembro do mesmo ano) e à primeira

Constituição brasileira (1824). Nesse contexto, “a posituação do procedimento do Júri ocorre com o Brasil ainda sob os domínios da corte portuguesa e, diferentemente, da competência atual, os crimes previstos para análise do Júri eram os crimes contra a honra praticados pela imprensa.” (RANGEL, 2019, p. 536).

Outrossim, somente com o advento da Constituição de 1824 houve a transformação do Júri em um órgão jurisdicional, instaurando a responsabilidade mista com o dever de realizar o julgamento de causas cíveis e criminais, como ocorria na Inglaterra (CUNHA W.; PINTO, 2018, p. 21).

O Tribunal do Júri nos moldes atuais foi reconhecido somente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do art. 5º, inc. XXXVIII, alíneas a, b, c e d; salientando também seus princípios fundamentais, quais sejam: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
- (BRASIL, 1988)

Seguindo o mesmo raciocínio, o Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) estabelece de maneira taxativa em seu art. 74 os crimes que serão pertinentes privativamente à análise do “Tribunal do Povo”, quais sejam os delitos estabelecidos nos arts. 121, §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126, 127 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), na forma consumada ou tentada. Salienta-se a importância do Tribunal do Júri, pois o julgamento de outros crimes poderá ser absorvido - desde que exista conexão com o crime doloso contra a vida - e pode ser destinada aos jurados responsabilidade para reconhecer sobre o mérito de crimes diversos (BRASIL, 1941).

Diferentemente de como foi pensado em sua composição inicial, atualmente o Tribunal do Júri é composto pelo Juiz-Presidente e por um Conselho de Sentença. O Conselho de Sentença é formado por sete jurados leigos, ou seja, por pessoas do povo, que serão escolhidas por intermédio de um procedimento previsto em lei. O Juiz Presidente já é um servidor do poder judiciário, integrante da carreira; assim, a

consideração de juiz togado. É dever do Juiz-Presidente atuar na direção e condução de todo o procedimento, bem como exarar a sentença após os componentes do conselho de sentença apresentarem suas conclusões por meio dos quesitos (LESE, 2019, p. 2).

Mesmo com a existência de inúmeras críticas ao sistema do Tribunal do Júri, o constituinte de 1988 o incluiu dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tomando grande importância perante o cenário do Estado Democrático de Direito. “Assim, tal sistema concomitantemente oxigena o judiciário e possibilita a participação popular.” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 81).

Todavia, não obstante as inúmeras discussões levadas a cabo ao longo da sua história, o constituinte de 1987-88 incluiu o tribunal do júri entre os direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhe, portanto, grande importância no atual cenário do Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer que o júri deve ser entendido como um importante mecanismo democrático, precisamente porque permite o resgate de uma dimensão tão cara ao direito e à realização da justiça: a participação popular. Aliás, não se pode olvidar que o direito frequentemente lida com questões cuja resolução encontra eco não na dogmática jurídica, mas sim na cultura de determinada época. É aí que o povo, no conselho de sentença, cumpre a função de oxigenar o Judiciário, prestigiando teses inovadoras como a inexigibilidade de conduta diversa (pense-se, por exemplo, no aborto) ou mesmo para novos contornos na legítima defesa, como o banimento da tese da legítima defesa da honra nos casos dos assim chamados “homicídios passionais”. (IBID, 2013, p. 813).

Canotilho afirma, de forma concisa, que a instituição do júri tem caráter de Direito Fundamental, não podendo ser confundido com mera regra de competência “na medida em que passa a ser considerado uma garantia dos direitos individuais e coletivos”. Neste sentido, “é inegável o caráter inovador do Júri, pois fomenta a participação de todas as classes sociais no julgamento dos seus pares.” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 404).

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRIMEIRA FASE DO JÚRI

É necessário ter em mente que o Tribunal do Júri é escalonado em duas fases, existindo uma primeira fase preliminar preparatória e, posteriormente, uma fase definitiva. “A primeira fase é baseada em uma avaliação de admissibilidade, e debruça-se especialmente no julgamento da denúncia. Na sequência, há a fase definitiva, sendo o momento em que os jurados serão competentes por dar fim ao procedimento.” (BONFIM, 2019, p. 776).

O procedimento do Tribunal do Júri é bifásico ou escalonado, compreendendo uma fase preliminar, preparatória, seguida de uma fase definitiva. A fase

preparatória volta-se ao julgamento da denúncia, resultando em um juízo de admissibilidade da acusação. A fase definitiva, em contrapartida, tem por fim o julgamento da causa, transferindo aos jurados o exame da procedência, ou improcedência, da pretensão acusatória. O *judicium accusationis* tem como marco inicial o recebimento da denúncia e termina com a decisão de pronúncia. O *judicium causae*, por sua vez, inicia-se com a preclusão da decisão de pronúncia e termina, após as alegações orais, com a votação do questionário e a prolação da sentença. Há, portanto, um juízo de formação da culpa (*judicium accusationis*), ao qual sucede um juízo da causa (*judicium causae*). (IBID, 2019, p. 776-777)

Assim, a primeira fase busca analisar a culpa do acusado, sendo denominada comumente de instrução preliminar. Esta é semelhante ao procedimento do rito ordinário no processo penal, todavia, sem existir participação popular. Neste momento, a fase de acusação (ou *judicium accusationis*) trata sobre a possível existência de delito competente ao julgamento do Tribunal do Júri, sendo ele o doloso contra a vida (MENEGHEL *et al.*, 2019, p. 44).

Todavia, o legislador buscou evitar que todos os crimes que tiverem o resultado morte (ou tentativa) sejam destinados automaticamente à competência do Júri, e também evitou-se submeter ao crivo do Júri as pessoas que vieram a cometer o delito em uma situação que a lei exclui a punibilidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal etc.) (MENEGHEL *et al.*, 2019, p. 44).

Nessa fase, existe somente uma aferição do preenchimento dos pressupostos, por meio do qual o juiz deverá admitir ou rejeitar a acusação; sem, contudo, analisar o mérito da causa. Será julgado admissível o “*ius accusationis*”, verificando a presença do *fumus boni iuris* e admitindo todas as acusações que preencherem pelo menos uma possibilidade de procedência (LIMA, 2020, p. 1449).

Findada a fase de instrução do processo, são possíveis quatro tipos de decisões do Juiz; as quais serão demonstradas posteriormente, sendo elas: absolvição sumária, impronúncia, desclassificação e, por último - e objeto deste trabalho - a pronúncia do acusado. A seguir, abordaremos brevemente cada uma delas, para então adentrar no mérito da discussão, qual seja a decisão de pronúncia.

Dentre as decisões possíveis, a primeira que trataremos brevemente é a absolvição sumária. Após as alterações dadas pela lei 11.689/2008, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) previu em seu art. 415 a possibilidade da absolvição sumária, podendo o juiz inocentar o requerido quando: provada a inexistência do fato; provado não ser o réu o autor ou partícipe do fato; o fato não constituir infração penal ou caso tenha sido demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime (LESE, 2019, p. 3).

Seguindo os estudos, uma possibilidade existente findada a primeira fase do Tribunal do Júri é a ocorrência da impronúncia. A impronúncia pode ser conceituada como uma decisão interlocutória mista terminativa; interlocutória, pois não recai sobre o mérito, não definindo se o requerido é culpado ou inocente; mista, porque coloca fim a uma das fases da ação; e, por último, terminativa, dado que extinguirá a demanda antes de seu ponto derradeiro (LIMA, 2020, p. 1449).

Desse modo, vejamos o art. 414 do CPP:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado. Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova. (BRASIL, 1941)

Em suma, a impronúncia pode ser considerada como a decisão de rejeição da destinação do acusado à avaliação do conselho do Júri, pois não foram demonstrados elementos suficientes que convençam o magistrado da existência do fato, ou indícios suficientes de autoria ou participação. “Não existe sequer o *fumus boni iuris*, ou seja, a possibilidade do desfecho favorável ao pleito da pretensão punitiva do Estado.” (CAPEZ, 2018, p. 656).

Nessa perspectiva, conforme Lese (2019, p. 4), é necessário que o julgamento ocorra baseado na certeza, seja pela impronúncia ou pela pronúncia. A impronúncia é um instituto que pode ser definido como uma espécie de meio termo, assegurada pelo princípio da presunção de inocência. Tal decisão, assim como a pronúncia - que será tratada em momento cabível -, não deve ser fundamentada sem moderação; e deve ser necessariamente demonstrada de forma clara e detalhada pelo Juiz, pois acontecerá somente nos casos em que ocorrer o esgotamento de instrução probatória realizada em contraditório e com a ampla participação de todos os interessados (OLIVEIRA, 2017, p. 333).

Cabe ressaltar que a decisão de impronúncia não configura automática absolvição do delito que está sendo acusado, sendo esta situação uma grande indefinição criada, visto que é incerto o cometimento do crime. Ao não decidir em favor do réu, é criada uma pendência; um estado de incerteza e insegurança processual. “O processo poderá ser reaberto, posteriormente, desde que seja descoberto prova nova. A extinção será resolvida somente quando for decretada a extinção da punibilidade.” (RANGEL, 2019, p. 583-584).

Se as provas foram colhidas, respeitado o devido processo legal, com seus corolários principais (ampla defesa e contraditório), não se encontrando suficiência de elementos para encaminhar o caso a julgamento de mérito pelo juízo natural da causa (o Tribunal Popular), o indicado seria a absolvição. Perdeu-se a oportunidade de sanar esse estranho meio termo, que torna a impronúncia uma sentença provisória, algo inconciliável com o processo penal democrático almejado pela Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2018, p. 167)

Por conseguinte, antes de adentrarmos no cerne do debate, há a situação da desclassificação, devendo ser mencionada apenas a título de esclarecimento. A desclassificação ocorre nas situações em que, não concordando com a classificação expressa na denunciada, o Juiz poderá corrigir a inicial (*emedantio libelli*, art. 383, CPP), adequando ao que lhe parecer mais correto. Essa correção independe da realização de novas diligências, considerando que o réu se defende dos fatos imputados, e não da classificação realizada na inicial.

Por fim, no contexto do mérito do debate, há a decisão de pronúncia. É o marco do acolhimento provisório pelo Juiz primevo da pretensão acusatória, destinando o julgamento do mérito à apreciação do Júri. Trata-se, assim, de uma decisão interlocutória não terminativa de caráter misto, que deverá preencher os requisitos do art. 413 do Código de Processo Penal (LIMA, 2020, p. 1469).

Dessa maneira, vejamos o texto do art. 413 do Código de Processo Penal: "Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação" (BRASIL, 1941).

Ainda que seja uma decisão interlocutória, a pronúncia deverá ser estruturada tal como uma sentença, ou seja, deverá conter o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O Relatório é a exposição dos fatos que iniciaram o processo, considerando o lapso temporal, a partir da denúncia até as argumentações prestadas nas alegações finais; a fundamentação deve constar as razões pelas quais o magistrado julgou viável submeter o feito à apreciação do Júri; e o dispositivo é o artigo (ou artigos) em que o acusado foi incurso (NUCCI, 2015, p. 78).

O Juiz deverá pronunciar o réu se estiver convencido da ocorrência do crime e de indícios suficientes de autoria, devendo expressar os motivos de seu convencimento. Até o ano de 1941, ano em que houve a promulgação do Código de Processo Penal, as legislações anteriores exigiam, além da prova da materialidade delitiva, a existência de

“indícios veementes” de autoria; expressão que foi substituída por “indícios suficientes”, redação que foi mantida no atual Código (BONFIM, 2017, p. 791-792).

Em relação ao convencimento da materialidade do fato, conforme demonstrado no art. 413, caput, do CPP, deve existir prova plena de sua ocorrência; assim, deve-se ter certeza e entendimento absoluto de que ocorreu um crime doloso contra a vida. Isto posto, é inadmissível ocorrer a pronúncia do requerido quando o juiz não tiver certeza da existência material do crime (LIMA, 2020, p. 1470).

Para que ocorra a pronúncia, devem existir indícios veementes e convincentes, não sendo plausível basear a pronúncia apenas na mera suspeita. “É tarefa do Juiz, e cabe somente a ele, a obrigação de apontar a existência de indícios suficientes do crime e da autoria.” (TOURINHO FILHO, 2018, p. 213).

Quando o art. 413 faz alusão à presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, não é possível interpretar que, em caso de dúvidas quanto à participação do acusado na prática delituosa, deverá pronunciar o indivíduo sumariamente. Os indícios no CPP são definidos como prova semiplena, ou seja, aquela que possui valor menos persuasivo e mais tênue (LIMA, 2020, p. 1470).

2.3 AS PROVAS NÃO JUDICIALIZADAS E O IMPÉRIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

O cerne do problema é a utilização apenas do inquérito ou de elementos informativos produzidos em etapa extraprocessual, sem a observação do contraditório como base para pronunciar o acusado. É necessário salientar que o inquérito policial deveria, em tese, funcionar como uma garantia de acusado:

O inquérito policial é um procedimento administrativo preparatório da ação penal, conduzido pela polícia judiciária, tendo por finalidade formar a convicção do órgão acusatório, no sentido de oferecer ou não a denúncia ou queixa. Na realidade, o inquérito deveria ser uma garantia ao acusado de que não será processado sem haver elementos mínimos para tanto, devidamente demonstrados pelas provas coletadas. Atualmente, entretanto, sofreu abalo na sua finalidade precípua. Tornou-se um instrumento que, apesar de formar um conjunto probatório pré-processual, sustentáculo da denúncia ou da queixa, também tem oferecido ao órgão acusatório, principalmente, elementos produzidos fora do contexto das garantias da ampla defesa e do contraditório, a serem utilizados, em juízo. Este tem sido o seu desvio de finalidade. (NUCCI, 2018, p. 101)

Podemos citar o art. 155 do CPP, redação dada pela Lei 11.690/2008, no qual é determinado que o juiz deverá formar sua convicção pela apreciação das provas produzidas perante o contraditório judicial, sendo ilegítima a decisão fundamentada apenas conforme análise dos elementos informativos produzidos durante a fase investigativa; com ressalva para as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, as quais poderão ser utilizadas como base para fundamentar a decisão. (BRASIL, 1941)

Vale salientar que a posição aqui defendida não é de contrariar todo o trabalho realizado pela polícia judiciária durante a fase investigatória.

A própria legislação não cria qualquer empecilho que o juiz considere as provas provenientes do inquérito policial, mas é obrigatório que tais provas estejam acompanhadas de elementos produzidos, durante a na instrução processual, período em que vigoram o contraditório e a ampla defesa. (CUNHA, 2021)

Todavia, perante a ocorrência de dúvida em relação à autoria, a jurisprudência aceitou a utilização de um conceito extremamente maléfico ao devido processo legal, denominado de *in dubio pro societate*. “O *in dubio pro societate* está fundamento na tese de que, havendo dúvidas quanto à existência do crime ou em relação à autoria ou participação, o magistrado deverá optar sumariamente pela pronúncia do acusado.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1254).

Assim, era o entendimento que vigorava:

LIMITE COGNITIVO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

Na primeira fase do procedimento do tribunal do júri prevalece o princípio *in dubio pro societate*, devendo o magistrado, na decisão de pronúncia, apenas verificar a materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 413 do CPP). Assim, a verificação do dolo eventual ou da culpa consciente deve ser realizada apenas pelo Conselho de Sentença. Precedentes citados: EDcl no REsp 192.049-DF, DJ 29/3/1999; AgRg no REsp 1.008.903-RS, DJe 24/11/2008; HC 118.071- MT, DJe 1º/2/2011; REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008; HC 44.499-RJ, DJ 26/9/2005, e AgRg no REsp 1.192.061-MG, DJe 1º/8/2011. REsp 1.279.458-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/9/2012. (REsp 1279458 / MG, Relator: Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Data de julgamento: 04/09/2012, Data de publicação: DJe 17/09/2012).

Acerca desse item, é necessário abordar alguns traços da origem do termo *in dubio pro societate*, tendo em vista que é um instituto difundido em toda a jurisprudência nacional, mesmo não sendo reconhecido pela Magna Carta de 1988; além disso, este também contraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Fato é que inexistente disposição constitucional ou infraconstitucional que autorize

o emprego deste instituto como meio de resolução de dúvidas no encerramento da primeira-fase do Tribunal do Júri.

Para compreender de forma plena a origem do princípio do *in dubio pro societate*, é necessário fazer menção aos sistemas processuais existentes, ao sistema acusatório e ao inquisitorial. Nesse sentido, é imprescindível fazer breves considerações sobre os dois principais sistemas processuais existentes.

O sistema inquisitorial nos leva a Instituição do Santo Ofício, no século XIII, que foi concebido para reprimir a heresia e todas as condutas que eram contrárias aos interesses da Igreja Católica; estrutura que existiu até o início do século XIX e foi amplamente criticada pelos ideais humanistas e libertários defendidos pela Revolução Francesa (FERNANDEZ, 2018, p. 38).

Assim, o sistema inquisitorial foi estabelecido a partir da ideia de que a concentração de poderes estaria nas mãos dos juízes, senhores soberanos; inexistindo contraditório e ampla-defesa. Naquela época, ocorria uma disparidade de armas e oportunidades, e toda ação penal era monopolizada pelo Estado. É necessário ressaltar que o sistema inquisitorial é considerado primitivo, pois o processo não é dotado do princípio do contraditório. Além disso, inexistente liberdade de acusação, considerando que o juiz está convertido como acusador e julgador. É tradição do modelo inquisitório o modelo escrito, mediato, disperso e sigiloso de seus atos (LOPES JUNIOR, 2020, p. 56).

Um ponto importante para que não exista confusão no entendimento e pareça que o discurso aqui desenvolvido é baseado na demonstração de que o sistema inquisitorial foi criado por indivíduos insuficientes de intelecto ou tiranos, deve-se ter em mente que naquela época o sistema inquisitorial era produto de racionalidade:

Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre remarcar que na sua época o discurso dominante a apresentava como produto da racionalidade, confrontada com a suposta irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substituiu, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica, procurando, tanto quanto possível, reduzir os privilégios que frutificavam na justiça feudal, fundada quase exclusivamente na força e no poder de opressão dos senhores feudais sobre os demais, pessoas que a rigor estavam sujeitas a medidas punitivas discricionárias, impostas pelos mencionados senhores feudais. (PRADO, 2005, p. 140)

Assim:

O perigo da utilização desses requisitos no Processo Penal aparece, quando recorrendo a uma análise histórica verificamos que discursos que supervalorizam o suposto interesse social, tornando os direitos individuais

indisponíveis relativos, e de difícil alcance, pois estão sempre em conflito com o bem comum, os quais foram utilizados nos regimes totalitários e autoritários, como no fascismo e nazismo. (FERNANDEZ, 2018, p. 2018)

Tiburi faz uma importante classificação para o comportamento do fascista, ou dos governos fascistas, que são de extrema importância perante a discussão:

As práticas fascistas revelam uma desconfiança. O fascista desconfia do conhecimento, tem ódio de quem demonstra saber algo que afronte ou se revele capaz de abalar suas crenças. Ignorância e confusão pautam sua postura na sociedade. O recurso a crenças irracionais ou antirracionais, a criação de inimigos imaginários (a transformação do “diferente” em inimigo), a confusão entre acusação e julgamento (o acusador — aquele indivíduo que aponta o dedo e atribui responsabilidade — que se transforma em juiz e o juiz que se torna acusador — o inquisidor pós-moderno) são sintomas do fascismo que poderiam ser superados se o sujeito estivesse aberto ao saber, ao diálogo que revela diversos saberes. (TIBURI, 2015, p. 13)

A ideia de fascismo aqui exposta é a de um Estado que busca o monopólio do poder, podendo inclusive mitigar direitos sociais. Vejamos a conceituação acertada do filósofo brasileiro Konder:

O fascismo é uma tendência que surge na fase imperialista do capitalismo, que procura se fortalecer nas condições de implantação do capitalismo monopolista de Estado, exprimindo-se através de uma política favorável à crescente concentração do capital; é um movimento político de conteúdo social conservador, que se disfarça sob uma máscara “modernizadora”, guiado pela ideologia de um pragmatismo radical, servindo-se de mitos irracionistas e conciliando-os com procedimentos racionalistas-formais de tipo manipulatório. O fascismo é um movimento chauvinista, antiliberal, antidemocrático, antissocialista, antioperário. Seu crescimento num país pressupõe condições históricas especiais, pressupõe uma preparação reacionária que tenha sido capaz de minar as bases das forças potencialmente antifascistas (enfraquecendo-lhes a influência junto às massas); e pressupõe também as condições da chamada sociedade de massas de consumo dirigido, bem como a existência nele de um certo nível de fusão do capital bancário com o capital industrial, isto é, a existência do capital financeiro. (KONDER, 2009, p. 59)

Desse modo, ao refletir sobre a construção do sistema processual em sistemas ditatoriais, como no fascismo, nota-se o seguinte ponto em comum: a orientação se dá em sentido da proteção do Estado. Logo, o indivíduo passa a ser considerado como inimigo em potencial, e cria-se um ambiente de desconfiança. O Estado, buscando resguardar sua segurança, cria ferramentas para punir os que possam conflitar com os ideais defendidos pelo governo totalitário (FERNANDEZ, 2018, p. 40).

Seguindo tal preceito antagônico ao Estado Democrático de Direito, o STF tinha jurisprudência firmada acerca da possibilidade de utilização do instituto do *in dubio pro societate*:

Crimes da competência do Júri. *Idicium acusationis*. *In dubio pro societate*. Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte. 1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 715.072 MINAS GERAIS, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 07/11/2012, Publicação: 12/11/2012).

2.4 DA BUSCA PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

Seguindo por outros caminhos, surge em 1808 no século XIX outro modelo processual, baseado no *Code d'Instruction Criminelle* criado na França e com características totalmente antagônicas as do sistema inquisitorial. Nesse novo sistema processual, a jurisdição é exercida pelo Estado, a qual se inicia na fase investigativa, e teria um magistrado como presidente. Porém, a acusação ficava atribuída a outro órgão (Ministério Público), tirando o monopólio da ação penal do magistrado. (OLIVEIRA, 2017, p. 19).

Atualmente, nem a Carta Magna nem o Código de Processo Penal preveem em seu texto de forma expressa a adoção do sistema penal acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, realizando uma análise minuciosa das regras previstas na Constituição de 1988, há uma valoração do homem e da dignidade da pessoa humana, preceitos basilares do sistema acusatório. Como se observa, a seguir:

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório.

Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 130)

É necessário aqui citar o art. 129, inc. I, da CRFB que delega de forma expressa e clara a função de acusar, privativamente, ao Ministério Público; e, em casos excepcionais, cabe ao particular. Não há até o momento a figura de um juiz instrutor - a fase preliminar e informativa, que acontece antes da fase de propositura, cabe à autoridade policial. Além disso, durante os desdobramentos das investigações, é necessário sigilo e inquisitividade; porém, formada a ação penal, ocorre a mudança de patamares e o processo passa a ser público, contraditório e são asseguradas todas as garantias necessárias ao acusado (RANGEL, 2019, p. 67-68).

Outro aspecto importante é que não existe fundamento jurídico para o chamado *in dubio pro societate* e a única presunção admitida no processo penal é a de inocência. Nessa mesma linha de raciocínio, devemos destacar que a afirmação sobre a qual deve recair a decisão é aquela que vem feita na denúncia, apontando a autoria e a materialidade de um fato aparentemente delituoso. Logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de demonstrar aprovável existência do *fumus commissi delicti* afirmado. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 545)

Em decisões recentes, o legislador busca a positivação expressa da adoção do sistema acusatório no Brasil. Fato é que a Lei Nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Projeto Anticrimes) é atualmente o linear para o necessário reconhecimento do sistema acusatório. Ademais, se estabelece um novo procedimento para análise do inquérito policial, que passará por inicial do Juiz de Garantias antes de ser remetido ao Juiz de Instrução. Todavia, por resultado de decisão liminar prevista em ação direta de inconstitucionalidade, de autoria do atual ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal Luís Fux, os efeitos da Lei Nº. 13.964 estão suspensos, aguardando análise do Colegiado (BRASIL, 2020).

2.5 DA IMPOSSIBILIDADE DE PRONÚNCIA BASEADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS

Nesse ínterim, buscando cada vez mais validar o devido processo legal, surgiu o ponto de partida para o *overruling* na jurisprudência pátria, em meados dos anos de 2020/2021; em que, por meio de julgamentos pontuais, foi sendo consolidado o

entendimento da inadmissibilidade da pronúncia baseada somente nos elementos colhidos durante a fase investigatória do processo.

Podemos citar inicialmente, como forma de exemplificação de tal mudança, a decisão proferida na análise do Habeas Corpus Nº. 180.144, que teve origem na 11ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Esta foi submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Melo. A seguir, vejamos a ementa do mencionado HC:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – TRIBUNAL DO JÚRI – DECISÃO DE PRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE REFERIDO ATO DECISÓRIO TER COMO ÚNICO SUPORTE PROBATÓRIO ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS, UNILATERALMENTE, NO ÂMBITO DE INQUÉRITO POLICIAL OU DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL INSTAURADO PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – TRANSGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA, VIOLANDO-SE, AINDA, A BILATERALIDADE DO JUÍZO – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DA FÓRMULA “IN DUBIO PRO SOCIETATE”, PARA JUSTIFICAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA – ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DE TAL CRITÉRIO COM A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO DE “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – EXTENSÃO, DE OFÍCIO, PARA O LITISCONSORTE PASSIVO, DO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO. – O sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de prolação de decisão de pronúncia com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público, sob pena de frontal violação aos postulados fundamentais que asseguram a qualquer acusado o direito ao contraditório e à plenitude de defesa. Doutrina. Precedentes. – Os subsídios ministrados pelos procedimentos inquisitivos estatais não bastam, enquanto isoladamente considerados, para legitimar a decisão de pronúncia e a consequente submissão do acusado ao Plenário do Tribunal do Júri. – O processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes. – A regra “in dubio pro societate” – repelida pelo modelo constitucional que consagra o processo penal de perfil democrático – revela-se incompatível com a presunção de inocência, que, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, tem prevalecido no contexto das sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. (HC 180144, Relator (a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020).

Também ganha grande destaque a decisão do HC 589.270, que teve a relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, originário da Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021). Seguindo o entendimento recente do STF, decidiu favoravelmente ao

reconhecimento da ilegalidade do acusado ao Tribunal do Júri, baseado somente em elementos colhidos durante a investigação policial.

A atual posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema admite a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal (HC 547.442/MT, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/4/2020). Assim, na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à sentença de pronúncia (HC 314.454/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17/2/2017). Isso não significa, no entanto, que inexistam decisões mais antigas no sentido de não admitir o juízo positivo de pronúncia sem lastro em prova produzida sob o crivo judicial (HC 341.072/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/4/2016 e REsp 1.254.296/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2016). Nesse sentido, em nova orientação, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 180.144/GO, Ministro Celso de Mello, DJe 22/10/2020) enfrentou a questão e decidiu pela impossibilidade do juízo de pronúncia nas condições mencionadas, partindo da premissa de que o Processo Penal se estrutura sobre as garantias e objetiva resguardar do arbítrio estatal o status *libertatis* do acusado. (HC 589270 / GO, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data de julgamento: 23/02/2021, Data de publicação: DJe 22/03/2021 RSTJ vol. 261 p. 1029).

Além disso, é necessário ressaltar o julgamento do Recurso Especial Nº. 1932774 – AM (BRASIL, 2021), responsável por fortificar a compreensão da aceitação desse precedente por toda a jurisprudência pátria, que passou a entender por ilegal a decisão de pronúncia baseada somente em elementos colhidos durante o inquérito policial.

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. SÚMULA N. 284 DO STF. DISPOSITIVO APONTADO COMO VIOLADO DISSOCIADO DAS RAZÕES RECURSAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 593, III, "D", e § 3º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS JUDICIALIZADAS PARA SUSTENTAR A AUTORIA. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CPP VIOLADO. PRONÚNCIA INCABÍVEL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO (...). 2. O recente entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, é de que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório produzido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial. 3. Na hipótese, o ora recorrente foi pronunciado e condenado por homicídio, mas o único elemento dos autos que corrobora a tese acusatória acerca da autoria é um depoimento colhido na fase de inquérito. Em juízo, tanto na primeira quanto na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, essa testemunha não foi ouvida e nenhum outro depoimento se produziu. Além disso, o acusado, em seu interrogatório, negou as imputações feitas a ele. 4. A constatação de evidente vulneração ao devido processo legal, a incidir na inobservância dos direitos e das garantias fundamentais, habilita o reconhecimento judicial da patente ilegalidade, sobretudo quando ela enseja reflexos no próprio título condenatório. A decisão de pronúncia foi manifestamente despida de legitimidade, sobretudo porque,

na espécie, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos produzidos no inquérito e não confirmados em juízo. 5. A solução mais acertada para o presente caso é não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença, como também anular o processo desde a decisão de pronúncia – pois não havia como submeter o recorrente ao Tribunal do Júri com base em uma declaração colhida no inquérito policial e não corroborada em juízo – e impronunciar o acusado. (...). (REsp 1.932.774 AM, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Data de julgamento: 24/08/2021, Data de publicação: DJe 30/08/2021 RMDPPP vol. 104 p. 179).

Assim, o Juiz não poderá optar por pronunciar o acusado baseado somente na investigação da polícia judiciária. Por isso, é necessário que exista a reprodução dos elementos coletados na fase inquiritorial em juízo, quando possível, para facilitar e possibilitar a análise das provas e fundamentação de sua decisão com provas produzidas perante o contraditório e a ampla defesa (CUNHA W.; PINTO, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, é possível concluir que a decisão de pronúncia não poderá ocorrer baseada somente nos elementos colhidos durante o inquérito policial, tendo em vista que durante a fase extraprocessual os princípios do contraditório e ampla defesa não vigoram. A autoridade policial tem amplo poder e dever inquisitório nos crimes dolosos contra a vida, de forma que a primeira fase deve funcionar como um filtro processual.

O legislador previu no texto do art. 155 um preceito fundamental do Processo Penal, que deverá ser regido baseado na imparcialidade, igualdade e pelo devido processo legal. Deve-se ter em mente que, durante as investigações policiais, não existe confronto dos elementos colhidos; e, colocar tal obrigação nas mãos dos jurados que entendem por sua livre cognição e sem embasamento técnico, é dar margem ao erro.

Neste sentido, a doutrina majoritária entende pela impossibilidade de utilização do *in dubio pro societate*, exemplificando citamos os autores como: Aury Lopes Jr, Renato Brasileiro de Lima, Edílson Mougnot Bonfim, Fernando da Costa Tourinho Filho e Paulo Rangel. Além de que a jurisprudência que anteriormente entendia pela possibilidade de aplicação deste princípio mudou seu entendimento posteriormente ao HC N°. 1932774/AM.

Deste modo, concluímos que este entendimento é o que está em consonância com os princípios constitucionais, visto que está totalmente interligado ao princípio da

presunção de inocência previsto pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, visto que a fundada dúvida sobre a autoria do fato não pode prejudicar o acusado.

O princípio do *in dubio pro societate* não encontra respaldo na Constituição. O legislador concebeu como direitos fundamentais regras inerentes à igualdade formal e material, e, aceitar a pronúncia de um acusado perante a falta de provas, é medida extremamente ditatorial.

Portanto, ainda há muito que se evoluir na aplicação das normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, principalmente em relação aos direitos humanos diante da ação do Estado. A atuação do Estado por meio de seus órgãos de autodefesa não pode ser óbice à positivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.279.458- MG (2011/0214784-7). Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 de setembro de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102147847&dt_publicacao=17/09/2012. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.299/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recurso Extraordinário com Agravo Nº 715.072/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário Judicial Eletrônico**, Brasília, 09 de novembro de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho297732/false>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 2.848, de 06 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 3.689, de 02 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Secretaria-Geral. Lei n. 13.964, de 23 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de abril de 2021. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Defensoria Pública. Recurso Especial n. 1932774. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgamento em 24 de agosto de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília/DF, 30 de agosto de 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002489294&dt_publicacao=30/08/2021. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministério Público. Habeas Corpus n. 589270. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 23 de fevereiro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília/DF, 22 de março de 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001428766&dt_publicacao=22/03/2021. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Defensoria Pública. Habeas Corpus n. 180.144. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 21 de outubro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília/DF, 22 de outubro de 2020. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Especial: Teses do STJ sobre as provas no processo penal – I (1ª parte)**. Meu Site Jurídico, 2018. Disponível em:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/06/28/especial-teses-stj-sobreprovas-no-processo-penal-parte/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CUNHA, Walfredo Campos; PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **686: Sentença de pronúncia não pode se basear exclusivamente no inquérito policial**. Meu Site Jurídico, 2021. Disponível em:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/03/03/686-sentenca-de-pronuncia-nao-pode-se-basear-exclusivamente-no-inquerito-policial/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

FERNANDEZ, Catharina Maria Tourinho. **A inaplicabilidade do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30413>. Acesso em: 14 nov. 2022.

KONDER, Leandro. **Introdução ao fascismo**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Expresso Popular, 2009.

LESE, Caio César Brás Gontijo. **O princípio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia e sua contraposição a princípios constitucionais e infraconstitucionais**. Uberlândia/MG, v. 1, 2019. 30 p Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27873/1/PrincípioDoIn.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEGHEL, Matheus Maciel *et al.* Reflexões acerca do caráter democrático do tribunal do júri. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 7, n. 2, p. 41-56, 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/7664>. Acesso em: 14 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019.

TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**: Reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Editora Record, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

VASCONCELOS, Laís Gonçalves. **Por uma persecução penal garantista: a inviabilidade da condenação, pelo tribunal do júri, com base exclusiva nos elementos colhidos no inquérito policial**. 2011. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso

de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10239>. Acesso em: 14 nov. 2022.



RESPONSABILIDADE CIVIL: A TUTELA DO DIREITO À IMAGEM POST MORTEM

CIVIL RESPONSIBILITY: THE PROTECTION OF THE RIGHT TO POST-MORTEM
IMAGE

Ana Vitória Ramos de Oliveira

anavioliv.unimontes@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2879458297282351>

Francklin Cauê Borges Teixeira

francklincaue@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/0574605194487844>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Ruy Gabriel Silva Souza

Ruygabrieel@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9831324412356537>

RESUMO: O Código Civil brasileiro dispõe que há a extinção da personalidade quando o indivíduo morre, contudo, apesar da morte, os direitos da personalidade do morto possuem tutela jurisdicional conforme o disposto no parágrafo único do artigo 12 da legislação supracitada. Dessa forma, optou-se para essa pesquisa o método dedutivo através da forma exploratória, utilizando de pesquisa bibliográfica, por revisão de literatura, artigos, legislações. O presente trabalho tem como objetivo analisar o que dispõe a legislação atual sobre a temática, além de delinear o que pode ser feito no caso. Para tanto, este artigo se constitui de três momentos. Inicialmente, explana-se a respeito da personalidade e sobre o direito de imagem, no contexto *post mortem*. Após, será feita uma discussão aprofundada sobre a responsabilidade civil, no que tange ao direito de imagem do falecido. Além disso, será levantado um debate sobre o crime de vilipêndio ao cadáver. Conclui-se que, embora a personalidade civil cesse com a morte, o falecido deve ter seu corpo, imagem e memória preservados, e o operador do direito deve agir de modo a garantir que tal preservação prevaleça no caso concreto.

Palavras-chave: Código Civil; Imagem; *Post mortem*; Personalidade; Responsabilidade; Vilipêndio.

ABSTRACT: The Brazilian Civil Code provides that there is the extinction of personality when the individual dies, however, despite death, the rights of the personality of the deceased have judicial protection according to the provisions of the sole paragraph of Article 12 of the aforementioned legislation. Thus, we chose for this research the deductive method through the exploratory form, using bibliographic research, by literature review, articles, legislations. The present work aims to analyze what the current legislation on the theme has, in addition to delinusing what can be done in the case. Therefore, this article consists of three moments. Initially, it is explained about personality and image rights, in the post mortem context. After that, an in-depth discussion will be made on civil liability, with regard to the image right of the deceased.

In addition, a debate will be raised on the crime of vilipendium to the corpse. It is concluded that, although the civil personality has ceded with death, the deceased must have his body, image and memory preserved, and the operator of the right must act in such a way as to ensure that such preservation prevails in the specific case.

Keywords: Civil code; Image; Post mortem; Personality; Responsibility; Vilipendium.

INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro (CC/2002) apregoa que o término da personalidade jurídica se dá com o fim da vida humana. Dessa forma, finda-se os mecanismos de defesa a diversos direitos inerentes à pessoa natural. Apesar disso, o artigo 12 dispõe que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Ainda no mesmo artigo, o parágrafo único apregoa que “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Visto isso, entende-se que apesar do fundamentado no artigo 6º do CC/2002 e da doutrina majoritária concordar que o morto não é titular de direitos, não seria justo que o morto pudesse ser exposto a ofensas à sua imagem e memória, sem nenhum tipo de vedação legal. Visto isso, o CC/2002 concede legitimidade para que a família do falecido possa exercer o direito de proteção aos direitos de personalidade, daquele que já não pode ser titular de direitos.

Nesse sentido, a Súmula 642 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) expõe que: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória” (BRASIL, 2020).

Na análise da mencionada Súmula, é possível depreender que não há passagem do direito de personalidade, uma vez que esse é intransferível, mas sim, do direito de ação que atua na proteção dos direitos de personalidade do falecido. Destarte, o autor da ofensa não é isentado de sua responsabilidade civil apenas por causa da morte do ofendido, garantindo, portanto, que o conflito seja resolvido nos moldes da justiça.

Vale salientar, ainda, que na hipótese em que o indivíduo vem a falecer após iniciar com uma ação, a transmissão do direito à reparação civil é incontestável. Entretanto, quando há violação da memória do anteriormente falecido, encontram-se divergências sobre quem seria o titular do direito violado, já que como exposto anteriormente, o falecido não possui direitos e os direitos da personalidade são intransferíveis.

O professor Diogo Leite Campos (2006), em suas Lições de Direitos da Personalidade, entende que a personalidade não se extinguiria totalmente com a morte, contrariando o que dispõe o CC/2002. Já na Teoria Geral do Direito Civil, José de Oliveira Ascensão (2006) entende que a proteção não é em face da personalidade do morto e sim de sua memória. Já Paulo Mota Pinto (2006), entende que a tutela se faz aos vivos que são afetados com a ofensa ao morto. Posto isso, mediante as diversas divergências acerca do assunto, faz-se necessário a discussão aprofundada acerca dos institutos personalidade e direito de imagem, bem como a abordagem do assunto dentro da responsabilidade civil que será feita num próximo momento nessa pesquisa.

PERSONALIDADE E DIREITO DE IMAGEM

A personalidade torna o homem titular de direitos. Carlos Roberto Gonçalves ensina que, “Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade”. Acrescenta Clóvis Beviláquia que, a personalidade diz respeito à “aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUIA *apud* GONÇALVES, 2020, p.100). Logo, faz-se válido observar que a defesa da imagem é direito da pessoa, visto que esta ostenta personalidade.

Sabe-se, conforme o artigo 6º do Código Civil de 2002 (CC/2002), que a morte representa o término da existência da pessoa natural, não podendo o morto continuar sendo o titular de direitos e obrigações contraídos em vida. Entretanto, permanecem vivos os valores, a honra e a memória das personalidades não extintas pela morte. O CC/2002 disciplina, ainda, que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, podendo ser exigida a cessação de ofensa quanto a esses direitos, exigência esta feita por familiares, em se tratando de pessoa morta. Assim, afirma Toazza:

São intransmissíveis, pois não se transmite a outras pessoas, nem mesmo com a morte do titular, porém continuam sendo protegidos pelo ordenamento após a morte. Assim, alguns dizem que essa característica é controvertida, pois os direitos da personalidade extinguiriam com a morte, por terem caráter personalíssimo, mas alguns interesses ligados à personalidade, continuam sendo tutelados após o falecimento do titular. Os direitos de personalidade são intransmissíveis, não podendo sofrer cessação ou sucessão, pois expressam a personalidade do seu titular, assim um terceiro não pode adquirir esses direitos por meio da transmissão. Toda transmissão supõe que uma pessoa se coloque no lugar da outra, portanto se a transmissão pudesse ocorrer, o direito não seria de personalidade. Sustentam que os direitos da personalidade em sua essência são intransmissíveis, porém seus efeitos patrimoniais são transmissíveis (TOAZZA, 2018, p.45).

Pode-se dizer que os direitos da personalidade têm por objetos os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. Tem-se que tais direitos englobam a integridade física, incluindo a da pessoa morta, a integridade intelectual e a integridade moral. A imagem deve ser analisada em associação com os direitos da personalidade, sendo necessária a compreensão da proteção da dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2021).

O direito da personalidade defende a dignidade humana de cada pessoa, sendo que a imagem pode ser tida como um poder jurídico que integra a personalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), ao garantir a inviolabilidade da imagem, enfatiza a dignidade da pessoa humana, princípio-matriz dos direitos fundamentais. Segundo a filosofia Kantiana, tem-se que o ser humano é pessoa, tendo a dignidade como atributo intrínseco, pois, a pessoa humana compreende um valor interno que não admite substituição equivalente. Logo, a dignidade relaciona-se intimamente com a natureza humana. Consoante o exposto, explica José Afonso da Silva:

Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito (SILVA, 1988, p.91).

Hodiernamente, a propagação de imagens de pessoas mortas é uma ação bastante reproduzida na sociedade, podendo ser observada, por exemplo, em notícias de acidente de trânsito ou em uma simples busca no navegador de *internet*. Consoante o exposto, tem-se o direito à imagem, cuja proteção garante a individualidade necessária para o desenvolvimento da personalidade. O direito à imagem trata-se de um direito fundamental previsto na CRFB/1988 em seu artigo 5º, X, que disciplina o seguinte: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Atualmente e, principalmente por conta da tecnologia que faz parte do cotidiano das pessoas, a divulgação de imagens de pessoas mortas acontece com muita frequência. A lei garante a proteção da imagem, apesar da enorme propagação, que não é impedida sequer pelas diretrizes das redes sociais em que são veiculadas.

É uma exigência individualista a necessidade de o titular se proteger contra a arbitrária difusão da sua imagem, pois, a pessoa deve ter o poder de consentir ou não na reprodução do seu retrato. Desta forma, não existe uma ligação direta entre a proteção do direito à imagem e o direito à reserva privada, o que se busca é a tutela da própria imagem. O direito à imagem

deve ter uma importância geral, que somente pode ser limitada por exceções específicas impostas pelo interesse público. Vale ressaltar que, a utilização da imagem de terceiro necessita de autorização, que pode ser tácita ou expressa. Sabe-se, entretanto, que após a morte a pessoa não pode ser sujeito autônomo de relações jurídicas, mas alguns bens da personalidade continuam a ser tutelados pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a imagem do indivíduo permanece a influenciar relações jurídicas (TOAZZA, 2018).

Disciplina Sérgio Cavalieri Filho:

Assim, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra das pessoas continuam a merecer a tutela da lei. Essa proteção é feita em benefício dos parentes do morto, para se evitar os danos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.119).

Observa-se a existência de numerosos casos envolvendo a temática em questão, principalmente devido ao mau uso dos meios de compartilhamento de arquivos. Segue entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA FALECIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS PARA PLEITEAR O RESSARCIMENTO - VIOLAÇÃO À IMAGEM DO MORTO - DANO MORAL INDENIZÁVEL - EXISTÊNCIA. - Evidenciado o ato ilícito praticado pela ré, que inscreveu indevidamente o nome do marido/pai dos autores em órgão de proteção ao crédito, após a morte daquele, resta configurado o dano moral aos herdeiros, em virtude da mácula ao nome e à imagem do falecido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.080686-5/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/06/2021, publicação da súmula em 17/06/2021)

Nota-se que, a dignidade acompanha o homem até sua morte, tendo em vista que, como dito anteriormente, faz parte da essência da pessoa humana. Apesar de, à primeira vista, a imagem se apresentar como algo abstrato, a sua repercussão se dá em relações concretas. Logo, pode-se afirmar que o direito à imagem apresenta um valor social e jurídico, haja vista que a memória e a honra não se apagam com a morte, mas continuam interferindo nas relações humanas. Esta influência afeta relações jurídicas e, por isso, os legitimados podem buscar a proteção da imagem de um familiar já falecido.

DIREITO À IMAGEM *POST MORTEM* E RESPONSABILIDADE CIVIL

Em princípio, com o advento da CRFB/1988 foi assegurado em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana. Princípio este inestimável para a sociedade atual, que regula e fundamenta os direitos básicos dos brasileiros. Os direitos da personalidade supracitados, presente no CC/2002 e também na CRFB/1988, assegurou não só o direito de imagem, mas todos os direitos e garantias individuais e coletivos existentes. Ademais, torna-se pertinente elucidar situações que permitam compreender a responsabilidade civil e o direito de imagem *post mortem*.

Por diante, juridicamente, entende-se no Brasil que com a morte do indivíduo seria o fim da personalidade. Todavia, o término da personalidade jurídica não é sinônimo para completa perda de direitos. Nesse sentido, certos direitos continuarão existindo, dentre eles, o de imagem, podendo acarretar responsabilização por dano que o falecido vier a sofrer.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a Responsabilidade Civil ocorre quando há algum tipo de prejuízo. O Professor orienta: “Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade” (GONÇALVES, 2022, p. 28) Ou seja, é a violação de certo dever jurídico que acarreta dano a terceiro. Neste interim, o CC/2002 estabelece a inviolabilidade dos direitos a personalidade e especialmente no artigo 20, que aduz:

Salvo se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A priori, para que exista a responsabilidade civil em casos *post mortem*, é preciso que haja o pressuposto dano, a “[...] honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002). É uma tutela que possui também o caráter proibitivo para veiculação de imagens após a morte do indivíduo sem previsão legal. Além disso, a proteção a imagem, conforme o artigo 20 do CC/2002, é um direito transmissível aos “ascendentes, descendentes e ao cônjuge”.

A posteriori, é cediço que o Brasil seja constituído pelo chamado Estado Democrático de Direito. Dessa forma, há axiomas que pavimentam o sistema jurídico pátrio e que por muitas vezes podem ser conflitantes. No tema discutido, Responsabilidade Civil e direito à imagem *post mortem*, existem dois princípios que podem gerar certas ressalvas sobre a adequabilidade de um ou de outro em determinada situação – o direito de informar e o direito de imagem. Por

exemplo, de acordo com notícia do jornalista Rogério Gentile (2021) do portal UOL, a emissora televisiva Rede Globo, foi obrigada pela Justiça de São Paulo a indenizar familiares de uma vítima de Covid-19 (pandemia). Segundo a reportagem, o principal canal de TV do país, por meio do Jornal Nacional, usou a imagem do falecido indevidamente, o que gerou aos autores do processo graves consequências: “[...] sofreram constrangimentos com a reportagem, passando a ser alvo de ‘maledicência’ na cidade” (GENTILE, 2021, n.p). Ademais, o Jurista, Sergio Cavalieri Filho (2012) coloca lume sobre esse conflito entre princípios, ressaltando a necessidade da utilização da proporcionalidade e ponderação, como forma mais adequada para solucionar divergências entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade – conforme ilustrado no caso supracitado.

Outro ponto é que com o advento das redes sociais a propagação de informação acontece quase que instantaneamente. Contudo, ocorre que nem sempre o progresso digital, informativo e social consegue ser resguardado pelo Direito de forma mais adequada. Neste caso em tela, no que diz respeito à utilização de imagens *post mortem*, que em diversos casos, são para propagação de informações inverídicas, tem ocasionado uma verdadeira “desordem informacional”.

Tendo em vista que, os meios de comunicação não são restritos apenas a um papel de informar, mas de contribuir para consolidação de uma consciência social, por isso a necessidade de limitações, como aduz o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos: “Se, por um lado, é proibida a censura [...], por outro, cumpre ao Estado zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de moralidade, proibindo a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas e difames” (BULOS, 2015, p. 581).

Conforme dito anteriormente, a morte não elimina os direitos personalíssimos, cabendo aos familiares do falecido a legitimidade para resguardar o direito *post mortem* do seu ente. Principalmente, em uma sociedade em que “likes” e “compartilhamentos” nas mídias sociais sobrepõem valores básicos para o bom convívio social. A divulgação de imagens expõem, por exemplo, corpos de vítimas de acidentes e em situações graves tem se normalizado. Situação abjeta e que não contribui minimamente para a sociedade, sendo contrária ao preceito fundamental da dignidade humana; haja vista que, a má exposição de uma imagem poderá ocasionar transtornos aos familiares irreversíveis.

Ademais, uma problemática que surge quanto à responsabilidade civil *post mortem* é o do *quantum* indenizatório; tendo em vista, a dificuldade para se calcular de forma satisfatória o dano suportado pelos familiares pela exposição do finado. Nesta circunstância, aduz Cavalieri Filho (2012, p.107) que: “Doutrina e jurisprudência sustentam, uniformemente, que o valor da

indenização pela indevida utilização da imagem não deve ser o mesmo que normalmente se obteria pela utilização autorizada”. Além disso, conforme determina o CC/2002, artigo 944, *caput*: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Dessa forma, a situação fática e os efeitos auferidos pela vítima precisam ser mensurados para que haja uma melhor aplicação do *quantum* indenizatório.

Direito de imagem *post mortem*, de respeito aos familiares e ao falecido, portanto, é garantido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, em âmbito cível. A imagem segundo Cavaleiri Filho (2012, p.166) para a descendência do falecido é um “bem moral mais valioso que os bens materiais por ele deixado”. Por isso, a proteção dada pelo legislador ao garantir a honra do finado. Neste sentido, mesmo quando confrontado com o direito à informação o respeito à dignidade do morto tende a prevalecer. E com o avanço das redes sociais e sua velocidade de propagação de informação torna-se imperioso o aperfeiçoamento do direito, no que diz respeito a proteção à imagem do ente.

DIREITO DE IMAGEM *POST MORTEM* E VILIPÊNDIO AO CADÁVER

Em princípio, quando é discutido sobre o direito de imagem, a tutela jurídica lembrada tem sido a da esfera civil. Porém, a tipicidade da conduta que fere a imagem *post mortem* está também tipificada no Código Penal (CP). Sendo assim, o vilipêndio ao cadáver é crime previsto no CP, em seu artigo 212. De acordo com o doutrinador Rogério Greco: “vilipendiar deve ser entendido no sentido de menoscabar, aviltar, ultrajar, tratar com desprezo, sem o devido respeito exigido ao cadáver ou a suas cinzas.” (GRECO, 2022, p. 2.152). Ainda de acordo com Greco é crime comum em relação ao sujeito ativo e passivo, no qual não somente a família do morto figurará como sujeito passivo, bem como a coletividade. Tem por bem juridicamente protegido o respeito aos mortos, ou seja, a sua memória. Nesse sentido, pode-se compreender que todo tipo de desrespeito ao falecido, principalmente, no que tange a sua imagem poderá ser considerado uma forma de ultraje, enquadrando-se a conduta no crime de vilipêndio.

É notório que com as mídias sociais o compartilhamento de informações aumentou significativamente. Ocorre que muitas vezes, pela inexistência ou ineficiência de parâmetros que possibilitem melhor controle do que é compartilhado, propicia a ocorrência de graves situações para sociedade. Por exemplo, o sensacionalismo que acontece quando há algum tipo de acidente, pois, para ter mais “audiência” (visualização) rapidamente disseminam-se imagens, sem prévio senso de afetação.

De forma exemplificativa, na época do acidente do sertanejo Cristiano Araújo, de acordo com o Portal de notícias Online, Correio Braziliense, a Polícia Civil de Goiás concluiu inquérito sobre o vazamento de vídeo e fotos do corpo do cantor, indiciando três técnicos em “tanatopraxia”, por vilipêndio de cadáver. A péssima conduta dos funcionários produziu vários efeitos jurídicos, dentre eles, o de Vilipêndio a Cadáver (CORREIO BRAZILIENSE, 2015).

Além disso, bem como no campo civil, o direito de informação sofre certa limitação quanto a sua liberdade, no que tange à divulgação de imagens com pessoas falecidas, haja vista a sobreposição do princípio Constitucional da Dignidade Humana. Por fim, o CP, em seus dispositivos, deixa clara a necessidade de proteção aos sentimentos dos parentes e amigos do morto. Por isso a ação penal é incondicionada, sendo pelo próprio Ministério Público, sem necessidade da manifestação de terceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente produção científica foi feita uma análise acerca dos direitos da personalidade *post mortem*, com enfoque principal no direito de imagem. Inicialmente, foi posto aquilo que está descrito no artigo 6º do CC/2002 que dispõe que a personalidade se finda com a morte. A partir disso, analisou-se a Súmula nº 642 do STJ, a fim de identificar as situações previstas no ordenamento que fundamentam os direitos de personalidade *post mortem*. Além disso, foram apresentadas diferentes opiniões acerca de quem seria o titular do direito previsto no artigo 12, parágrafo único.

Posto isso, foram discutidas as figuras da personalidade e do direito de imagem. Sobre a personalidade, foi trabalhado o conceito de Clóvis Beviláquia, que afirma que a personalidade diz respeito à “aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUIA, 1975, p. 78-79). Já sobre o direito de imagem, reconheceu-se o respeito à imagem como pressuposto para a garantia da dignidade humana, princípio amplamente defendido na CRFB/1988. Foi feita, também, uma análise baseada no direito de imagem, a fim de concluir que a dignidade deve acompanhar o homem até depois de sua morte, visto que, deve ser inerente à pessoa humana.

Mediante o exposto, fez-se necessário abordar a responsabilidade civil nos casos de violação ao direito de imagem *post mortem*. Visto isso, inicialmente, foi colocado que é preciso que ocorra o pressuposto dano a um bem tutelado para que seja ensejada a responsabilidade civil, nesse caso, especificamente à honra, à boa fama ou a respeitabilidade. É uma tutela que possui também o caráter proibitivo para veiculação de imagens após a morte do indivíduo, sem

previsão legal. Além disso, a proteção à imagem conforme o CC/2002 é um direito transmissível aos “ascendentes, descendentes e ao cônjuge”.

Além disso, também foram abordados dois princípios que podem gerar certas ressalvas sobre sua aplicação, em atenção ao caso concreto, quais sejam: o direito de informar e o direito de imagem. Nesse caso, concluiu-se pela necessidade da utilização da proporcionalidade. Outro ponto discutido, foi o papel das redes sociais na propagação de imagens de forma instantânea, sem que o Direito possa acompanhar, de modo a tutelar situações que estão em desacordo com o ordenamento. Além disso, há uma problemática intrínseca ao fato da responsabilidade civil *post mortem* ser do *quantum* indenizatório, visto que há dificuldade para se calcular, de forma satisfatória, o dano suportado pelos familiares pela exposição do finado.

Por fim, discutiu-se acerca da conduta criminosa de Vilipêndio ao Cadáver, considerada crime contra o respeito aos mortos e prevista no artigo 212 do CP. Vilipêndio a Cadáver significa desprezar ou humilhar o corpo do falecido e pode ser punido com multa ou reclusão. Dessa forma, situações em que são divulgadas imagens de acidentes, sem a menor reflexão crítica sobre quem pode afetá-la, de modo vexatório, pode ser considerado crime

A partir do elencado, conclui-se que mediante a análise dos dispositivos do CC/2002, bem como a Súmula nº 642, além dos entendimentos jurisprudenciais, que embora a personalidade civil cesse com a morte do indivíduo (art. 6º, CC/2002), o falecido deve ter seu corpo, imagem e memória preservados, e, por isso, o ordenamento concedeu legitimidade para que os familiares possam proteger a honra do falecido. Além disso, faz-se necessário que os intérpretes saibam aplicar a legislação, a fim de resolver, ou ao menos atenuar, os conflitos existentes no que diz respeito à tutela do direito ao respeito à imagem dos falecidos e dimensionar o dano causado, a fim de estabelecer a responsabilidade civil diante do dano sofrido.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1975.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Dano *post mortem* aos bens da personalidade: Legitimidade ativa para ação de indenização**. Coluna Migalhas. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 642**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/11573/1169>. Acesso em: 02 de nov. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.ed. rev.ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

GENTILE, Rogério. Globo é condenada a pagar R\$ 36 mil a familiares de vítima da covid-19. **UOL Notícias**, 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rogerio-gentile/2021/10/05/globo-e-condenada-a-pagar-r-36-mil-a-familiares-de-vitima-de-covid-19.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Barueri-SP: Atlas, 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.5014865-92.2019.8.13.0145**. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA FALECIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS PARA PLEITEAR O RESSARCIMENTO - VIOLAÇÃO À IMAGEM DO MORTO - DANO MORAL INDENIZÁVEL - EXISTÊNCIA. - Evidenciado o ato ilícito praticado pela ré, que inscreveu indevidamente o nome do marido/pai dos autores em órgão de proteção ao crédito, após a morte daquele, resta configurado o dano moral aos herdeiros, em virtude da mácula ao nome e à imagem do falecido. Apelante: Amarildo Mauro da Silva e outros. Apelado: Banco Bradesco SA. Rel. Min. Fernando Caldeira Brant. 20ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 16 jun. 2021. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 20 jul. 2021. Disponível em: TJMG - Pesquisa por Jurisprudência. Acesso em: 01 nov. 2022.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p.89-94, abr./jun., 1998.

TOAZZA, Gabriele Bortolan. **A tutela post mortem do direito à imagem**. 2018. Dissertação (Mestrado Científico de Ciências Jurídicas)- Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0000.21.080686-5/001**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1236195840/inteiro-teor-1236196523>. Acesso em: 02 de nov. 2022.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119 e 120.

[S.n]. Polícia indícia três por vazamento de imagens do corpo de Cristiano Araujo. **Correio Braziliense**, 2015. Disponível em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/07/01/interna->

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A REPERCUSSÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

THE REPERCUSSION OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW ON
CONSUMER RIGHTS

Lune Danielle Alves de Oliveira

lunedanielle@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/4440943062828149>

Rodrigo Leal Teixeira

rodrigolealteixeira@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/1084702780911857>

RESUMO: A Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados, marcou a legislação brasileira quanto a proteção de dados pessoais, interpôs princípios, direitos, procedimentos e sanções. O objetivo é analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados tutela os direitos dos titulares de dados nas relações consumeristas e suas aplicações. A metodologia utilizada neste trabalho foi a abordagem dedutiva, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A Lei Geral de Proteção de Dados oferece novos mecanismos e instrumentos que ampliam os conceitos previstos no Código do Consumidor, atualizando-o à nova realidade do uso e obtenção de dados. O trabalho analisa o retrospecto legislativo brasileiro e internacional, do surgimento do direito a privacidade no mundo e na Constituição Federal até a Lei nº 13.709/2018. A discussão sobre acerca da proteção de dados no direito do consumidor perpassou sobre os princípios e fundamentos da proteção de dados, a perspectiva da vulnerabilidade do consumidor, do consentimento e da publicidade direcionada. O trabalho adentrou brevemente na aplicação da proteção de dados em casos de incidência do vazamento de dados, bem como na responsabilidade civil dos fornecedores e sanções administrativas. De modo que, conclui-se que para a plena aplicabilidade das sanções na LGPD, ainda é necessária a ampliação da fiscalização e punibilidade, visto que tais sanções administrativas ainda se concentram em recomendações e advertências educativas.

Palavras-chave: A Proteção de dados, Direito do consumidor, Responsabilidade

ABSTRACT: Law nº 13.709/2018 - General Data Protection Law, marked the Brazilian legislation regarding the protection of personal data, interposed principles, rights, procedures and security. The objective is to analyze how the General Data Protection Law protects the rights of data subjects in consumer relations and their applications. The methodology used in this work was the deductive approach, through the technique of bibliographical and documental research. The General Data Protection Law offers new switches and instruments that expand the concepts provided for in the Consumer Code, updating it to the new reality of using and obtaining data. The work analyzes the Brazilian and international legislative retrospective, from the obligatory right to privacy in the world and in the Federal Constitution to Law nº 13.709/2018. The discussion on data protection in consumer law covered the principles and fundamentals of data protection, the perspective of consumer vulnerability, consent and targeted advertising. The work briefly entered into the application of data protection in cases of incidence of data leakage, as well as the civil liability of suppliers and administrative managers. So, it is concluded

that for the full applicability of the appropriate provisions in the LGPD, the intervention of surveillance and punishment is still necessary, since such administrative measures still focus on educational instructions and education.

Keywords: Data Protection, Consumer Law, Liability.

INTRODUÇÃO

Ao observar o Código de Defesa do Consumidor - CDC, depreende-se que a segurança da informação concebe alguns princípios do ordenamento jurídico brasileiro, como o direito ao acesso à informação pelo consumidor e a inversão do ônus da prova contra o fornecedor. A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD oferece novos mecanismos e instrumentos que ampliam os conceitos previstos no CDC, atualizando-o à nova realidade do uso e obtenção de dados.

Conforme o avanço do uso da internet nas diversas relações sociais e consumeristas, há também a maior propensão ao risco de vazamento de dados, ameaças cibernéticas, fraude e apropriação de dados. Em resposta a essa conjuntura, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, que versa principalmente sobre alternativas para mitigar questões que ameaçam o direito à privacidade.

Os dados pessoais do consumidor compreendidos em banco de dados e cadastros compõem as matrizes de tutela da sua privacidade. Os impactos da potencial insegurança dessas informações podem atingir a esfera econômica, social e política por relacionar-se com o direito à privacidade e a princípios fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

As Leis nº 8.078/1990 e nº 13.709/18 possuem objetivos similares, tutelar o equilíbrio de relações entre indivíduos em condições desiguais, de modo que podem atuar de forma complementar. O presente trabalho questiona a LGPD como forma de aprimorar a proteção da privacidade do consumidor através da promoção da segurança das informações fornecidas pela relação de consumo.

O presente trabalho, portanto, dedica-se a analisar a conjuntura do consumidor no tratamento de dados promovido nas relações consumeristas e seus impactos, bem como a correlação doutrinária da proteção de dados com o direito do consumidor, tendo em vista o estudo da LGPD e do CDC.

Justifica-se o tema do presente trabalho, em virtude da substancial possibilidade de aprofundamento do devido tratamento de dados nas relações consumeristas, a fim de elucidar os instrumentos e mecanismos aplicáveis à defesa do consumidor e a garantia

dos seus direitos. Bem como, buscar demonstrar se de fato o entendimento doutrinário ou positivo ampara o sujeito em posição de vulnerabilidade em suas relações.

Através do método dedutivo, mediante a análise de conceitos doutrinários, jurisprudenciais e a legislação vigente acerca do tema, discute-se a utilização da LGPD como legislação hábil a amparar a defesa dos dados sensíveis concedidos nas relações consumeristas.

I- Lei Geral Proteção de Dados no Brasil

A efetivação da proteção de dados é imprescindível na contemporaneidade, em virtude do acelerado progresso tecnológico informacional. Todavia, a gestão de dados pessoais precede a criação da internet e está amplamente vinculada à figura da privacidade. Elevado ao patamar de direito fundamental autônomo, a proteção de dados está vinculada a tutela da privacidade, dignidade e da personalidade. A LGPD promove a expansão de princípios constitucionais como a defesa do consumidor, dignidade da pessoa humana, a privacidade e o livre desenvolvimento do indivíduo, é uma resposta legal ao tratamento de dados pessoais que anteriormente era fragmentado em documentos espaçados e de forma assimétrica.

A proteção de dados estabelecida pela LGPD (BRASIL, 2018), dispõe dos seguintes fundamentos: Refere-se a figura do titular a pessoa natural em que os dados estão sob tratamento.

Art. 2º - O respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Cabe ao titular a manifestação livre, informada e inequívoca em concordância com tratamento dos seus dados pessoais para exercício da finalidade determinada que deve ser estabelecida pelos agentes de tratamento, isto é, cabe ao titular o direito de consentir ou não acerca do tratamento de seus dados. (SARLET; TRINDADE; MALGARÉ, 2021).

Quanto a definição de dado pessoal, no ordenamento brasileiro, trata-se da informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Em adendo, o dado pessoal sensível é definido no artigo 5º, II, da LGPD, é o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de

caráter religioso, filosófico ou político, saúde, vida sexual, genética ou biometria, quando vinculado a pessoa natural. (DONEDA, 2020).

Divergente dos dados pessoais, os dados anonimizados não estão relacionados a uma pessoa de modo específico de modo que são empregues por meios técnicos como a estatística. Todavia, aos dados em que houver a possibilidade de reverter a condição de anonimizado, eles serão considerados dados pessoais e deverão ser tratados pela LGPD. Em suma, são os dados em que após utilizados meios técnicos perdem o caráter associativo, seja ele direto ou indireto, com o indivíduo. (FERREIRA; LIMA, 2021).

Define-se como banco de dados, através do artigo 5º, IV da LGPD, como o “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico” (BRASIL, 2018). A estrutura de um banco de dados funciona em três eixos: entrada, processamento e saída das informações. Essa estrutura é definida como sistema de informação, na qual um banco de dados fica essencialmente atrelado a esse conceito, pois através desse mecanismo é possível extrair ou conhecimento. (BIONI, 2020).

Os agentes de tratamento, são o controlador e o operador, conforme no artigo 5º, VI e VII da LGPD. Os agentes de tratamento são aqueles que tem como objetivo apontar as obrigações e responsabilidades que envolvam o controlador e o operador. O controlador, é a pessoa jurídica ou natural, de direito público ou privado que rege decisões no processo de tratamento de dados. O operador é a pessoa jurídica ou natural, de direito público ou privado que atuará no tratamento representando o controlador. Há também o encarregado, que possui a função de orientar os funcionários e contratados da empresa ou entidade as diretrizes e ações que serão executadas sobre a proteção de dados. (BLUM; MALDONADO, 2020).

Entende-se que o consentimento é a noção mais indispensável em termos de tratamento de dados. Previsto no inciso XII do artigo 5º da LGPD, o consentimento é a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). Em suma, o consentimento é a autorização que o titular confere para que seja efetuado o tratamento de seus dados, tal manifestação é necessária que seja realizada de forma explícita e registrada. Ademais, ao titular é reservado o direito de revogar o consentimento a qualquer tempo de modo que se torna isento para os dados publicados pelo titular (FERREIRA; LIMA, 2021).

O interesse legítimo, compreende as hipóteses legais nas quais o consentimento do titular não é necessário para que seja realizado o tratamento. A previsão do legítimo interesse não se refere de uma autorização genérica para tratamento de dados, de modo que a finalidade deve ser definida e o controlador deve ter domínio bem como o titular deve ter conhecimento acerca do tratamento. (CASCAES, BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

Desse modo, a LGPD em seu artigo 10, exemplifica as finalidades que compreendem o legítimo interesse, como apoio e promoção das atividades do controlador e a proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas, os direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 2018).

Destaca-se as situações nas quais os mesmos dados são tratados e transferidos entre órgãos e entidades. Em relação ao uso compartilhado de dados, a LGPD (BRASIL, 2018) define como as ocorrências:

Art. 5, XVI. comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados.

Diante dessas considerações acerca do sistema de tratamento de dados estabelecido pela LGPD, tratando sobre os institutos, características e elementos. Expõe-se o desenvolvimento da proteção de dados sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

II- A Evolução legislativa da proteção de dados no Brasil

Ao esmiuçar a cronologia legislativa da proteção de dados é possível compreender o desenvolvimento e a ampliação acerca do direito à privacidade até o debate contemporâneo sobre a proteção de dados físicos e digitais. Tendo em vista, que através do percurso de desenvolvimento concebe-se a estruturação normativa e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.

A proteção de dados no Brasil era regida por normas espaçadas, discrepantes, com lacunas e incoerências ocasionadas pela falta de norma regulamentadora específica, desta forma, a LGPD organizou em um sistema de tratamento de dados nacional. Desempenha

papel fundamental na promoção da tutela de dados na esfera infraconstitucional e ampliou nacionalmente a defesa de tais direitos. (MENK; DRESCH, 2021).

A proteção de dados deriva do conceito de privacidade, isto é, do direito de preservar informações pessoais e da intimidade. Inicialmente, o direito à vida privada surge no artigo 12 na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948. A proteção da privacidade surge antes da internet e do desenvolvimento de computadores. (ROCHA, 2020).

No âmbito nacional, a privacidade das informações pessoais e da intimidade, os incisos X e XII do artigo 5º da CF/88 trouxeram a previsão de proteção de sigilo de tais informações. A tutela da privacidade está relacionada com a proteção e tratamento de dados pessoais, visto que compreende não apenas a defesa da intimidade e da vida privada como também a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (DONEDA, 2020).

A segurança da informação é matéria tratada pelo CDC, em virtude desse ordenamento, foi introduzido ao tratamento jurídico brasileiro princípios como: O direito ao acesso à informação pelo consumidor, a gestão do banco de dados como um dever dos fornecedores, a responsabilidade dos fornecedores, o consentimento para cadastro e ações relacionadas aos dados pessoais do consumidor, proibição da omissão de informações dos consumidores, bem como inversão do ônus da prova contra o fornecedor. (BLUM; MALDONADO, 2020).

Nesta perspectiva, o CDC (BRASIL, 1990) em seus artigos 43 e 44, estabeleceu normas para os bancos de dados e cadastros de consumidores:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no artigo 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Art.44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

Estabelece a garantia dos direitos de acesso, retificação e eliminação de dados, bem como o acesso às informações constantes de bancos de dados e cadastros, de forma assegurada aos consumidores. Dentre as disposições do acesso à informação do

consumidor, cabe ressaltar as existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivadas e suas respectivas fontes. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

Por conseguinte, a Lei de Arquivos Públicos versa sobre informações dos cidadãos armazenados pelo Estado ou terceiros, estabelecendo o direito ao cidadão de receber de órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral que estejam contidas em documentos de arquivos, conforme previsão do artigo 4º do instrumento. Em seguida, a Lei nº 9.296/1996 introduziu a regulamentação da Interceptação Telefônica ao tratar do ingresso na intimidade pelo interesse público. Logo, a Lei nº 9.472/1997 - Lei Geral de Telecomunicações estabelece direitos aos usuários, dentre eles cabe destacar a previsão do direito a inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação. Bem como, a Lei nº 9.507/1997 - Lei do *Habeas Data*, regulamenta o direito constitucional de acesso à informação, também em seu artigo 7º o direito de retificação de dados. (MENK; DRESCH, 2021).

No que concerne a proteção de dados no Código Civil – CC/2002, pode-se destacar a proteção da vida privada no artigo 21 (BRASIL, 2002):

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A portaria nº 5/2002 da Secretaria de Direito Econômico, instituiu como abusivas cláusulas contratuais que invadam a privacidade do consumidor, isto é, veda as cláusulas que visam autorizar o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes para compor banco de dados e/ou cadastros de consumidores sem comprovar notificação prévia. Obsta também a cláusula que obriga o consumidor a manifestar-se contra a transferência para terceiros, seja de forma onerosa ou não, dos dados cadastrais dos quais o fornecedor tem em seu poder e/ou autorize que o fornecedor investigue a vida privada do consumidor. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

A gestão e formulação dos dados de identificação das famílias do cadastro único para programas sociais do governo, foram regulamentados no artigo 8º do Decreto 6.135/2007. O sigilo e a proteção dos dados coletados pelo censo da educação foram normatizados pelo Decreto 6.425/2008, restringindo sua utilização para os previstos na legislação educacional. O Decreto nº 6.523/2008, que fixa as normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, institui em seu artigo 11 a preservação

dos dados pessoais do consumidor deve ser mantida em sigilo e utilizados com a finalidade exclusiva de atendimento. (MENK; DRESCH, 2021)

A Lei nº 12.414/2011 - Lei do Cadastro Positivo disciplina o banco de dados que relaciona às operações financeiras e de adimplemento utilizadas para concessão de crédito, para formação de histórico de crédito. A Lei nº 12.527/2011 - Lei de acesso à informação disciplina o tratamento de dados pessoais estabelece a diferenciação legal entre informações pessoais e informações comuns. A Lei nº 12.964/2014 - Marco Civil da Internet iniciou a legislação de direitos e garantias do cidadão em meio digital. Fundamentada na proteção da privacidade e dos dados pessoais, o Marco Civil da Internet estabeleceu a necessidade do consentimento do usuário para a coleta, uso, armazenamento, tratamento de dados pessoais e transferência para terceiros. Bem como, o direito do usuário em requerer a exclusão definitiva de seus dados pessoais após o encerramento de uma relação de uma determinada aplicação na Internet. (BIONI, 2020).

A Lei nº 13.709/2018 - LGPD, regulamenta o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. O documento foi inspirado na GDPR que regulamenta a proteção de dados e a privacidade da União Europeia.

III- Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados e do direito do Consumidor

Conforme exposto anteriormente, a defesa do consumidor é um dos fundamentos da LGPD, nesse sentido faz-se necessário entender a como os princípios norteadores dessas esferas do direito estão interligados. Bem como, conceitualizar tais elementos essenciais para o entendimento da respectiva lei.

O princípio da boa-fé é basilar na LGPD e no direito do consumidor, visto que o princípio é uma fonte de relações jurídicas não expressas, isto é, através da boa-fé há o reconhecimento de deveres jurídicos de conduta. Observamos o princípio da boa-fé na tutela das legítimas expectativas do titular dos dados em face do controlador no tratamento de dados, firmado no consentimento, na finalidade de uso e tratamento. O artigo 6º, caput, da LGPD, define expressamente que a boa-fé deve ser observada no tratamento de dados, isto é, faz-se essencial que seja considerado os legítimos interesses alheios. (MIRAGEM, 2020).

Na esfera consumerista do tratamento de dados, a boa-fé deve respeitar à eficácia vinculativa da oferta e à preservação da integridade da informação pré-contratual do

fornecedor, conforme disposto no artigo 30 do CDC. Em suma, as informações serão consideradas vinculantes ao gerar expectativa legítima mesmo que anteriores ao pacto contratual ou adversas ao instrumento escrito visto que está amparada no princípio da boa-fé. (TARTUCE; NEVES, 2021).

O princípio da Finalidade é requisito para a obtenção do consentimento na utilização e tratamento de dados, visto que o titular ao consentir com o uso de seus dados o faz para finalidade expressa, certa e determinada. Faz-se assim essencial para realização do tratamento que seja propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades, conforme dispõe artigo 6º, I, da LGPD. Deste modo, é criado um vínculo entre a informação e a sua origem que deve ser considerado no processamento dos dados. O princípio da finalidade atua na prevenção da utilização secundária da informação da pessoa sem o consentimento do titular. (DONEDA, 2020).

O princípio da adequação é a conformidade do tratamento de dados com as finalidades informadas pelo titular, previsto no artigo 6º, II, da LGPD. Diretamente relacionada com o consentimento do titular, a adequação visa preservar o vínculo entre a finalidade de uso estabelecida pelo titular e a realização do tratamento de dados. (MALDONADO; BLUM, 2020).

O princípio da necessidade, artigo 6º, III, da LGPD, trata-se da limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, de forma a utilizar os dados pertinentes de modo proporcional e não excessivo com relação a finalidade consentida pelo titular, a atividade é executada apenas quando não houver outros meios de atingir os objetivos. Assim, o tratamento de dados condiciona o volume ou qualidade dos dados necessários de modo restrito ao direito de proporcionalidade, a adequação e a finalidade. (DONEDA, 2020).

O princípio do livre acesso a garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais, conforme artigo 6º, IV, da LGPD. O titular dos dados desempenha participação no seu tratamento através do exercício do consentimento e na possibilidade de obter conhecimento sobre os moldes e extensões em que o tratamento é realizado. O princípio do livre acesso permite ao titular obter cópia dos registros existentes, inclusive para que possa realizar correção de informações incorretas, imprecisas ou acrescentar dados verdadeiros que favoreçam o seu interesse. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

O princípio da qualidade dos dados, prevê ao titular de dados a possibilidade de exigir que seus dados exatos, claros, com relevância e atualização de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento, dispõe artigo 6º, V, da LGPD. O direito de correção, cabe ao titular quando os dados estiverem incompletos, inexatos ou desatualizados, conforme artigo 18º, III, da LGPD. Bem como, é direito do titular a anonimização, bloqueio e eliminação de dados que sejam considerados desnecessários, excessivos ou que o tratamento não esteja em conformidade com a lei, conforme artigo 18º, IV, da LGPD. Essas previsões legais têm como propósito impedir que os dados que não estão em conformidade com a legislação sejam associados ao titular. (MIRAGEM, 2020).

O princípio da transparência é a expressa garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial, conforme artigo 6º, VI, da LGPD. A transparência é um prolongamento da boa-fé, através de informações claras, precisas e acessíveis ampara os titulares e os respectivos agentes sobre a realização do tratamento, limita-se no respeito aos segredos comerciais e industriais. (TARTUCE; NEVES, 2021).

O princípio da segurança é estabelecido pela utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, conforme artigo 6º, VII, da LGPD. Trata-se do princípio relacionado com a privacidade, visto que versa sobre a indispensabilidade de estabelecer mecanismos para proteger os dados, bem como assegurar que os dados sejam de acesso apenas a pessoas autorizadas. Em suma, é essencial estabelecer medidas para promover a prevenção. de danos. (FERREIRA; LIMA, 2021).

No âmbito consumerista, o princípio da segurança refere-se ao dever geral de prestação de serviço de qualidade, previsto nos artigos 8º e 17º do CDC, assim contempla o dever do adequado tratamento dos dados pessoais do consumidor, compõe o dever de segurança com o indivíduo e o seu patrimônio. Por conseguinte, esse dever de segurança ou o cuidado dos fornecedores com seus produtos e serviços, trata-se de uma fonte do dever de segurança previsto no CDC. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2021).

O princípio da prevenção trata-se da adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, conforme o artigo 6º, VIII, da LGPD e artigo 6º, VI, do CDC. Cabe aos fornecedores, proporcionarem condições para

que o direito à privacidade do consumidor seja preservado em todas as etapas de desenvolvimento de seus produtos ou prestação de serviços que envolva o tratamento e a segurança dos dados. Bem como, atuar dentro dos limites razoáveis de coleta de boas práticas para conservação, descarte e precisão dos dados. (TARTUCE; NEVES, 2021).

O princípio da não discriminação trata da impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, conforme artigo 6º, IX, da LGPD. O tratamento de dados é marcado pela segmentação personalizada de dados pessoais, assim há separação e diferenciação inerente ao exercício da atividade. Não obstante, a legislação refere-se à discriminação ilícita utilizada para fins de diferenciação dos indivíduos enquanto características, como instrumento de perpetuação de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (MIRAGEM, 2020).

O princípio da responsabilização e prestação de contas determina a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas, conforme artigo 6º, X, da LGPD. Tal princípio dimensiona os controladores e operadores a responsabilidade do fiel cumprimento das exigências legais e garantia dos objetivos e fundamentos dos ditames legais. Está diretamente interligado com aos princípios da transparência e da prevenção, visto que é fundamental que os procedimentos estejam em conformidade legal e de modo comprovadamente eficaz. (MALDONADO; BLUM, 2020).

Interpreta-se a possibilidade da aplicação desses princípios nas relações consumeristas, em destaque, na tutela dos dados sobre a titularidade do consumidor. Desse modo, norteia-se as etapas de tratamento de dados e o entendimento em relação a proteção da figura do consumidor em todas as definições normativas que versarem sobre a temática. Visto que os princípios da boa-fé, transparência, segurança, prevenção, qualidade de dados, livre acesso, não discriminação, necessidade e da finalidade podem ser estudados de modo interdisciplinar.

IV- A figura do consentimento no tratamento de dados nas relações consumeristas

Com o advento da LGPD, a substancialização do consentimento é amplamente debatida, uma vez que é um elemento primordial ao discutir o tratamento e a proteção de dados. O consentimento do titular é uma das bases legais para o tratamento de dados

personais. Tendo vista essa percepção, faz-se necessário compreender a maneira como o consentimento é concebido no âmbito consumerista da proteção de dados.

Considera-se o consentimento como a manifestação de vontade, do titular dos dados, como livre, informada, específica e explícita em que através de declaração ou ato positivo inequívoco permite que seja efetuado o tratamento de seus dados pessoais. Compreende-se por livre o direito do titular de facultar entre permitir ou não a utilização dos seus dados, de forma que não intervenham ou viciem o seu consentimento. É por meio do consentimento que o titular de dados expressa a sua autonomia individual e controle sobre seus direitos de personalidade. (BIONI *et al*, 2021).

A legislação estabelece requisitos essenciais ao instituto do consentimento, tal como, o deve de ser realizado de livre vontade do titular, que tenha finalidade específica e que seja do conhecimento do titular o motivo pelo qual os dados serão utilizados e processados, bem como, a possibilidade do indivíduo não consentir o seu tratamento. Tais requisitos fazem com que a LGPD esteja em consonância com a GDPR. Dessa forma, a manifestação de vontade do consumidor pode ser entendida como consentimento nos negócios jurídicos de consumo, visto que o silêncio não representa anuência, nem permite o abuso ou ilicitude. Assim, conforme artigo 7º, I, da LGPD, o consentimento deve seguir os requisitos substanciais e formais. (MIRAGEM, 2020).

A fim de fornecer o consentimento, a manifestação de vontade do titular deverá obedecer o disposto no artigo 8º da LGPD (BRASIL, 2018), estabelece que:

Art. 8º. O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

Cabe destacar que a manifestação de vontade deve ser feita com finalidade determinada para a utilização dos dados, não podendo ser uma autorização genérica para tratamento de dados. Sendo assim, a declaração de vontade do titular dos dados está ligada diretamente a determinadas finalidades. Logo, no que diz respeito a manifestação de vontade, não poderá ocorrer redação de modo exemplificativo, exceto nos casos previstos na LGPD e no direito do consumidor. (MIRAGEM, 2020)

Tendo em vista o entendimento doutrinário, o consentimento pode ser dado ou revogado, já que possui caráter temporário. Os tratamentos de dados durante a validade do consentimento continuam ratificados nos moldes da LGPD. Ao realizar a revogação, os agentes de tratamento devem terminar imediatamente as operações realizadas com os dados pessoais, além de realizar a eliminação deles do seu banco de dados, resguardadas as exceções do artigo 16 da LGPD. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN. 2019).

Dessa forma, conforme o artigo 8º, § 5º, da LGPD, a revogação de consentimento pode ocorrer a qualquer momento, desde que expressa e não necessita de justificativa. (BRASIL, 2018).

O consentimento é requisito obrigatório compartilhamento de dados cadastrais, transnacionais e de serviços dos clientes em diversas relações comerciais. Deste modo, no âmbito das relações de consumo, atua como pressuposto do contrato entre as partes. Figura em destaque tanto no campo da proteção de dados como no consumerista. Possui papel fundamental para a configuração do consumidor e do titular de dados.

V- Da vulnerabilidade do consumidor face a publicidade direcionada.

No âmbito do direito consumerista, o ordenamento brasileiro visa promover o equilíbrio entre duas partes de uma relação de poder desigual, seja decorrente da desigualdade financeira entre fornecedor e consumidor, por interesses e necessidades dos envolvidos ou conhecimento sobre a atividade ou serviços prestados. O uso comercial da internet, insere o consumidor em um novo modelo de mercado, que por meio de algoritmos e sistemas direcionam de forma personalizado o consumo. Assim, diante da possibilidade de desequilíbrio faz-se necessário entender esse processo somado a aplicação da publicidade direcionada.

Entende-se como vulnerável a pessoa em estado de inerente risco ou que exista que esteja relação de confronto excessivo aos interesses de mercado, tal condição pode ser provisória ou permanente e pode atingir tanto o indivíduo quanto a coletividade. A circunstância em que o indivíduo está fragilizado ou enfraquecido e essa condição faz com que a relação jurídica seja desequilibrada. Os ordenamentos que tutelam acerca da vulnerabilidade explicam-se, fundamentam e aplica-se em torno desse entendimento. Previsto no artigo 4º, I do CDC, a vulnerabilidade nas relações de consumo é tida como

presunção legal a todos os consumidores que são pessoas naturais. (SARLET; TRINDADE; MALGARÉ. 2021).

Diante da vulnerabilidade do consumidor, o CDC reconhece a indispensável atuação do Estado para promover a proteção do indivíduo, por conseguinte, a proteção da liberdade do consumidor, a parte mais fraca da relação de consumo. Trata-se do empenho para atingir não apenas a liberdade formal, mas a material.

Por meio de limites de uso da informação sobre o consumidor pelo fornecedor, o CDC busca estabelecer equilíbrio nas relações consumeristas. Desde modo, o registro de dados negativos não deverá ser mantido por tempo superior a 5 anos. Nesse sentido, o arquivo de consumo com informações do consumidor tem como pré-requisito legal a solicitação individual decorrente de uma necessidade de consumo. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2021).

A LGPD fomentou transformações nas relações consumeristas, em especial à proteção do consumidor. Com o avanço tecnológico e a democratização da internet, as formas de obtenção de informações sobre os consumidores aumentaram progressivamente, de modo que é possível monitorar os padrões de comportamento do consumidor de forma direta e indireta. (DONEDA, 2020).

Ao tratar das relações consumeristas, o consumidor assume o papel de titular de dados pessoais que corresponde a posição mais vulnerável. Nesse sentido, (BIONI, *et al*, 2021, p.531), afirma:

Sabe-se que a marca da proteção do consumidor é sua presunção de vulnerabilidade. Ocorre que, diante das frequentes situações de coleta de dados pessoais nas mais variadas atividades informáticas – desde o mero uso de aplicativos, passando pela navegação na internet e uso de e-mails –, o consumidor/usuário fica alheio aos detalhes técnicos envolvido em tais atividades. A ele só resta confiar⁵. Igualmente, em tais contextos, sustenta-se não meramente a vulnerabilidade do consumidor, mas até mesmo sua hipervulnerabilidade, o que faz com que a informação a ser dada pelos fornecedores seja mais ampla e especializada, sobretudo acerca dos riscos envolvidos.

Conforme dispõe o artigo 18, §8º da LGPD, o direito de o titular requerer informações do controlador através de órgãos de defesa do consumidor, nesse sentido, presume-se a relação de consumo entre o prestador de serviço e o consumidor titular dos dados. Essa garantia possui amparo constitucional, visto que é dever da livre iniciativa respeitar a defesa do consumidor, bem como, o CDC que estabelece direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos nas relações consumeristas. Essencialmente, é

estabelecida a integração normativa entre institutos legislativos para promoção da defesa do consumidor, conforme dispõe o § único do artigo 55-K da LGPD, que prevê a atuação conjunta da ANPD com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências acerca da temática de proteção de dados pessoais. (CASCAES, 2019).

Entende-se como publicidade direcionada, a mecanismos de *marketing* utilizado pelo mercado para atingir o consumidor, de modo que, através da personalização, determinado produto atinja o indivíduo de forma específica, para fomentar transações futuras ou imediatas. A publicidade comportamental depende da capacidade dos fornecedores de coletar e processar informações dos consumidores, bem como, o consumidor consentir com o compartilhamento de dados e disponibilidade para usar seus serviços de personalização. Todavia, há um inerente risco ao consumidor de ficar rendido aos serviços digitais decorrentes da publicidade direcionada, sob a justificativa dos fornecedores da aplicação do instrumento para melhora individualizada do atendimento ao consumidor para atingir a sua satisfação. (SARLET; TRINDADE; MALGARÉ, 2021).

Nesse sentido, é necessário averiguar o quanto o tratamento de dados interfere nas relações de consumo do consumidor, especialmente de que forma o indivíduo possui influência quanto as suas opções para relação ao tipo de dado coletado e para com os seus possíveis usos. Visto que mapear o perfil do consumidor, o coloca em uma situação de desequilíbrio, de modo que a legítima expectativa quanto titular de dados pode não ser observada. O ato decisório na relação de consumo é diretamente influenciado. (BIONI, *et al* 2021).

Quando a publicidade direcionada se configura como indesejada, é também considerada uma prática abusiva. Em razão da potencialidade de aumentar a assimetria no âmbito da informação das relações consumeristas, de mesmo modo que pode promover a discriminação entre os consumidores e outras lesões de direitos. (MAGRANI, 2019).

Se faz necessário, principalmente, a adoção de métodos de transparência que permitam ao titular dos dados se opor a determinado tratamento irregular. Quanto mais visível e fácil essa prática, mais será considerado uma aplicação do legítimo interesse como base legal válida. Logo, contratos que determinam os deveres dos agentes da cadeia de tratamento de dados pessoais é algo básico, e pode ser complementado por relatórios de impacto e códigos de boas condutas a proteção de dados pessoais. (BIONI *et al*, 2021).

Diante do apresentado, a vulnerabilidade do consumidor acrescido do uso indiscriminado da publicidade direcionada pode ser lesiva ao indivíduo. Em virtude de condicionar o indivíduo com o uso da personalização de dados, de modo que nem sempre esse procedimento pode interferir diretamente em sua liberdade.

VI- Vazamento de dados e aplicação da proteção de dados do consumidor

O tratamento de dados do consumidor atinge grande relevância mercadológica, pois com o desenvolvimento da internet e o alcance das redes sociais, as relações de consumo modernizam-se de maneira célere. O presente tópico visa a abordagem da aplicação da LGPD e do CDC na ocorrência de vazamento de dados do consumidor, resultantes do tratamento irregular por parte do controlador. Nesta perspectiva, é primordial compreender os elementos que gira em torno da exposição indevida de dados pessoais.

No que tange o vazamento de dados, entende-se como a exposição e acesso não autorizado, de informações e dados sigilosos de pessoas físicas ou jurídicas, isto é, objetiva-se o uso malicioso ou ilícito desses dados. Tendo em vista a violação de sistemas, cabe ao controlador o estabelecimento de procedimentos e políticas para promover a proteção efetiva dos dados ou mitigar os dados. (OLIVEIRA, 2022)

Entende-se que a proteção de dados pessoais é um direito da personalidade e direito fundamental, logo o titular dos dados tem poder sobre a autodeterminação da utilização e tratamento destes dados, para finalidades legítimas e previstas em lei, mediante seu consentimento ou nos casos de acesso para finalidades previstas legalmente. Outra questão é o risco que o tratamento de dados pode gerar, já que informações incorretas podem ser associadas a uma pessoa, lhe gerando prejuízo, logo o titular dos dados tem direito a correção dos dados que estão sendo tratados. Esse direito já era consagrado no CDC e na Lei nº 12.414/2011 como cadastro positivo. (DANTAS *et al*, 2022).

Cabe mencionar, como procedimento para visar a segurança ao término do tratamento deve-se aplicar a exclusão de dados, de modo que a inexistência do dado impede a possibilidade de futuros vazamentos, conforme prevê o artigo 15 da LGPD. (BRASIL, 2018).

Ainda, a fim de evitar o vazamento de dados é tida como obrigação do fornecedor a o tratamento regular dos dados, assim, entende-se como tratamento irregular aquele em

que a segurança efetiva não compreender a expectativa legítima expectativa do titular. Bem como, a ocorrência de dano decorrentes de incidentes pela carência da segurança, configura-se como risco inerente a atividade de tratamento de dados a possibilidade de invasão e acesso não autorizados por terceiros, bem como, a possibilidade de vazamentos. (ANDRADE; TABARELLI, 2021).

Assim, ainda que o vazamento seja um risco inerente ao tratamento de dados é tido como dever de o controlador observar, conforme o fundamento nos princípios da prevenção e segurança, o adequado procedimento e a estruturação dos sistemas a fim de evitar que os incidentes ocorram. Todavia, na ocorrência de incidentes de divulgação indevida de dados decorridos do tratamento irregular cabe a legislação estabelecer a responsabilidade e sanções.

VII- Das sanções administrativas

É possível inquirir que há uma dificuldade em estabelecer a concepção de infração no campo da proteção de dados brasileira. Em proteção de dados as punições através de sanções são aplicadas as condutas omissivas e comissivas, definidas no ordenamento. Entretanto a LGPD estabelece normas prescritivas ou impositivas, ou seja, incidência a partir da prescrição da conduta lícita. Dessa forma, não é claro o que constitui infração da LGPD.

Considerando que os excessos são compreendidos quando o agente realiza atitudes além de sua competência, ou quando não atua em consonância com o interesse público, gerando assim sanções nas esferas administrativas, penais, cíveis e políticas, conforme o disposto na legislação. Entretanto, em se tratando da atuação da ANPD, esta deve realizar decisões administrativas, conforme o art 52 da Lei, sempre mantendo a proporcionalidade entre violação e sanção. (FERREIRA; LIMA, 2021).

Quanto sanções aos agentes de tratamento, a LGPD (BRASIL, 2018) em seu artigo 52 prevê a advertência, multa simples, multa diária, publicização, bloqueio de dados pessoais e eliminação. Em se tratando do subjetivismo de alguns critérios presentes na norma, aparenta que a intenção do legislador foi compelir o agente fiscalizador a ponderar sobre o caso concreto, e buscar a melhor forma de sancionamento da empresa ou do órgão público ou privado, sem que ocorram excessos. Sendo assim, o artigo 52 da LGPD, possibilita no seu §4º que o cálculo da multa simples prevista no inciso II possa ser baseado num valor estimado, quando o agente fiscalizador acreditar que as

informações prestadas não foram idôneas, incompletas ou duvidosas. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN. 2019).

Além disso, as sanções administrativas, mesmo com as possibilidades de aplicações isoladas ou cumulativas, ao refletir sob o caso concreto e suas peculiaridades deverão observar os critérios do artigo 52 § 1º da LGPD (BRASIL, 2018).

Para se definir a sanção aplicada deve-se considerar o princípio da proporcionalidade, dessa forma, será mediante um processo administrativo pautado por provas e ampla defesa, onde será analisada as circunstâncias, vantagem auferida, prejuízo causado, dentre outros fatores para se concluir a sanção. Ademais, a sanção deve se basear na razoabilidade, a administração deve considerar a boa-fé, cooperação e adoção de medidas corretivas como atenuantes e, nos casos de agravantes, considerar a reincidência e a vantagem obtida pelo autor. (FERREIRA; LIMA, 2021).

Em contrapartida, as sanções em caso de violações do direito do consumidor, previstos no CDC, possuem natureza penal. Isto é, são considera-se infração penal o ato de impedir ou dificultar o acesso do consumidor, deixar de corrigir ou de entregar informações ao seu respeito, conforme disposição dos artigos 72 e 73 do CDC. (BRASIL, 1990).

Quanto a inversão do ônus da prova, há similaridade entre a LGPD e o CDC, fundamenta-se na vulnerabilidade do consumidor, é um direito básico que se faz necessário para promover a isonomia processual entre as partes de uma relação jurídica de consumo. É um instrumento processual que atua para evitar que a vulnerabilidade do consumidor seja explorada pela outra parte e para facilitar a o acesso a justiça. (MACHADO; BATISTA; CAYRES, 2018).

Diante disso, quanto a aplicação das sanções administrativas, trata-se de penalidades que podem compreender um alto valor pecuniário. Todavia, as aplicações das sanções administrativas ainda se concentram em recomendações e advertências educativas.

Considerações Finais

O presente estudo teve como intuito analisar a proteção de dados brasileiros sob a ótica do direito do consumidor. Como visto, A segurança da informação já era matéria tratada pelo CDC, disposto na Lei nº 8.078/1990. Em virtude desse ordenamento, foi introduzido ao tratamento jurídico brasileiro princípios como: O direito ao acesso à

informação pelo consumidor, a gestão do banco de dados é um dever dos fornecedores, responsabilidade dos fornecedores, o consentimento para cadastro e ações relacionadas aos dados pessoais do consumidor, proibição da omissão de informações dos consumidores, bem como inversão do ônus da prova contra o fornecedor.

Ao longo do trabalho, observou-se que a LGPD trouxe novos mecanismos e instrumentos que ampliam os conceitos previstos no CDC atualizando-o a nova realidade do uso e obtenção de dados. Conforme o avanço do uso da internet nas diversas relações burocráticas, sociais e consumeristas, há também a maior propensão ao risco de vazamento de dados, ameaças cibernéticas, fraude e apropriação de dados. Em resposta a essa conjuntura, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, que versa principalmente sobre alternativas para mitigar questões que ameaçam o direito à privacidade.

Com base no exposto, conclui-se que é fundamental que o fornecedor promova o tratamento regular de dados do consumidor, essencialmente, de modo que atenda aos princípios da boa-fé, transparência, segurança, prevenção, qualidade de dados, livre acesso, não discriminação, necessidade e da finalidade podem ser estudados de modo interdisciplinar.

Bem como, consta-se que o consumidor está duplamente vulnerável no tratamento de dados nas relações de consumo, visto que a sua vulnerabilidade enquanto parte mais fragilizada da relação de consumo é somada a sua posição como titular de dados. De modo que, é essencial a tutela da proteção de dados sob a ótica consumerista para que seja promovida uma relação equilibrada que preserve os direitos do indivíduo quanto a sua privacidade e personalidade.

Portanto, entende-se que a LGPD é um avanço na proteção de dados, melhorando a segurança jurídica dos usuários da internet. Entretanto, para ser efetiva, será necessária uma maior preparação da sociedade, desde o início da vigência da lei, e diversas empresas ainda não sabem como farão para se adaptar, devendo ao governo promover formas de ensino de como realizar essas adequações. Ademais, cabe a conscientização da população, que a proteção de dados é um direito seu.

A atuação da LGPD é fundamental para a economia brasileira no contexto global, visto que a proteção de dados tem se desenvolvido nas legislações de diversos países, conforme apontamos anteriormente. Assim, o papel da empresa enquanto controladora é promover treinamentos e a conscientização dentro da sua estrutura para assim, evitar a lesão de direito e sanções. Ainda, aplicabilidade das sanções na LGPD, ainda é necessita-

se de ampliação na fiscalização e punibilidade, visto que as sanções administrativas ainda se concentram em recomendações e advertências educativas.

Ressalta-se, por fim, que a intenção da presente pesquisa não foi esgotar o tema, tendo em vista seu amplo debate e considerando que, certamente, novas questões acerca das relações consumerista no campo da proteção de dados ainda surgirão no campo jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado / Fabrício Bolzan de Almeida. – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AMARAL JR., Alberto do. Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. São Paulo: Ed. RT, 1993;
- ANDRADE, Mariana; TABARELLI, Liane. Proteção de dados pessoais e responsabilidade civil dos fornecedores de serviços e produtos em caso de vazamentos de dados de consumidores: Culpa ou risco com fundamento para o dever de reparar? Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/mariana_andrade.pdf Acesso em: 18 de Setembro 2022.
- BENJAMIN, Antônio Hermann. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 9. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. Et Al. Tratado de Proteção de dados pessoais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais. A função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane Nóbrega; LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. O direito à privacidade e a proteção dos dados do consumidor. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei 9507/1997 – Habeas Data. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em:

CASCAES, Amanda Celli. 30 anos do Código de Defesa do Consumidor : A evolução das relações de consumo. 1ª ed. Editora Singular. 2020

CASCAES, Amanda Celli. Et. Al. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados à luz do Código de Defesa do Consumidor. 1ª ed. Editora Singular. 2019

DANTAS, Fernando. Et. Al. Proteção de dados pessoais, concorrência e o direito do consumidor: Os desafios da interface entre as matérias e autoridades competentes na era digital. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-de-dados-pessoais-concorrencia-direito-do-consumidor-19022022>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais- Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020.

FERREIRA, Herbert Alcântara; LIMA, Rafael Antônio Gonçalves. LGPD comentada artigo por artigo. 1ª ed. Editora Fontenele, 2021.

MACHADO, Ednilson Donisete; BATISTA, Daniela Ferreira Dias; CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto. Inversão Do Ônus Da Prova No Direito Do Consumidor. Percurso, v. 4, n. 27, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3169>. Acesso em: 30 set. 2022

MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiper conectividade. Porto Alegre: Arquipélago, 2019

MANNINO, Michael V. Projeto, desenvolvimento de aplicações e administração de banco de dados. Trad. Beth Honorato. 1ª ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2008.

MENK, Fabiano. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Lei Geral de Proteção de dados – Aspectos Relevantes. São Paulo. 1ª ed. Editora Foco. 2021

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de. Vazamento de dados pessoais e responsabilidade civil: Compatibilidades e conflitos entre o código de defesa do consumidor e a Lei Geral de proteção de dados. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/478/514>. Acesso em: 18 de Setembro 2022.

SANTANA, Héctor Valverde; MARQUES, Claudia Lima; BEN JAMIN, Antonio Herman. Dano moral no direito do consumidor. 3ª ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. TRINDADE, Gustavo Neubarth e MELGARÉ, Plínio. Proteção de dados: temas controvertidos. 1ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021."

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor – Direito material e processual. 10ª ed. Editora Método. 2021.

WACHOWICZ, Marcos. Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva: LGPD E RGPD na ótica do direito comparado. 1ª ed. Curitiba: Gedai, UFPR. 2020

A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

THE NON-INCIDENCE OF INCOME TAX ON AMOUNTS RECEIVED AS CHILD SUPPORT PENSION

Vitória Dreide Xavier Araújo Silva
dreidevitoria@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/3638034320387808>

José Adélcio da Silva Júnior
jose.adelcio@unimontes.br
<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

RESUMO: O presente estudo versou sobre a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.422 do Supremo Tribunal Federal (STF), que alterou o entendimento a respeito da incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos, a título de pensão alimentícia, viabilizando a não incidência desse imposto sobre essas situações. Resta claro, que a inovação jurisprudencial em comento adveio da indignação quanto à ocorrência do chamado *bis in idem*, ou seja, dupla tributação. Nesse sentido, a decisão buscou por fim as lesões aos direitos fundamentais, que tal previsão possibilitava, principalmente, nas pessoas vulneráveis. O estudo assim analisou o Imposto de Renda (IR) e suas previsões no ordenamento jurídico, mais precisamente a questão do *bis in idem* e a abrangência da decisão, para verificar se tal previsão realmente constituía ou não lesão a esses sujeitos passivos. Para isso, foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório, qualitativo, bibliográfico e documental, que buscou fomentar a discussão sobre esse entendimento jurisprudencial. Portanto, o artigo visou a análise do caso concreto da ADI nº 5.422, enquanto meio de solução do conflito normativo existente.

Palavras-chave: Imposto de Renda. Pensão alimentícia. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present study dealt with the decision of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº 5.422 of the Federal Supreme Court (STF), which changed the understanding regarding the incidence of income tax on the amounts received, as child support pension, enabling the non-incidence of this tax on these situations. It remains clear that the jurisprudential innovation in question came from the indignation regarding the occurrence of the so-called *bis in idem*, that is, double taxation. In this sense, the decision sought to put an end to the damage to fundamental rights, which such a prediction made possible, especially for vulnerable people. The study thus analyzed the Income Tax (IR) and its predictions in the legal system, more precisely the issue of *bis in idem* and the coverage of the decision, to verify whether or not such prediction actually constituted injury to these taxpayers. For this, it was carried out an exploratory, qualitative, bibliographical and documentary research, which sought to encourage discussion about this jurisprudential understanding. Therefore, the article aimed at analyzing the concrete case of ADI nº 5.422, as a means of solving the existing normative conflict.

Keywords: Income Tax. Child support pension. Direct Action of Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Com o auge da sociedade greco-romana, as relações sociais, culturais e econômicas se estimularam tornando necessária a criação de leis, com o intuito de abarcar os atos e fatos jurídicos recorrentes. Nesse sentido, para que houvesse o desenvolvimento dessa sociedade almejada, surgiram os tributos, que eram pagos pelos cidadãos de acordo com o comércio e serviço utilizado, sendo os tributos o principal meio de financiamento do próprio Estado e dos seus serviços prestados a sociedade. Assim, no decorrer da história tornou-se cada vez mais presente a atuação do Direito Tributário, com suas prerrogativas e suas sujeições.

O sistema tributário brasileiro se destaca como um dos mais complexos do mundo, existindo diversas legislações sobre o mesmo tema, o que enseja eventuais equívocos do Estado ao efetivar o recolhimento de seus tributos.

Dentre esses tributos estipulados foi criado o Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR). O IR é o tributo mais importante e com maior arrecadação do sistema tributário, afetando diretamente a renda efetiva da população, bem como a composição das receitas estatais. É a principal fonte de receita tributária da União e por isso possui uma nítida função fiscal, ou seja, de arrecadação (SABBAG, 2017).

No dia 27 de maio de 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 5.422, pelo Relator Dias Toffoli, decidindo com maioria dos votos pelo afastamento da incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos, a título de pensão alimentícia. Nesse ínterim, o presente estudo visa analisar brevemente a previsão sob o aspecto de ocorrência de *bis in idem* na tributação, prática que é vedada. Sendo ainda observado o aspecto da compatibilidade dessa tributação com a matriz constitucional do imposto.

Diante disso, o artigo objetivou compreender a modificação do entendimento jurisprudencial e suas implicações sociais. O presente artigo foi elaborado com uma metodologia dedutiva e predominantemente qualitativa, em que o objeto será explorado e explicado, com o fito de aprofundar o debate sobre o assunto.

Nesse viés, utiliza-se como método de procedimento a técnica de pesquisa bibliográfica, com a utilização de materiais como jurisprudências, legislações e artigos

científicos. Desse modo, busca-se resultados significativos com a análise jurídica, social e histórica do problema.

DO IMPOSTO DE RENDA

O mais comum, conhecido e temido tributo é o Imposto de Renda (IR), cujo fato gerador desse imposto é aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, como fruto do capital ou do trabalho, bem como proventos de qualquer natureza que tragam acréscimos patrimoniais, assim definido no artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Além da previsão no CTN, o IR possui previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988) que prevê que: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: III - renda e proventos de qualquer natureza”. Esse imposto federal é tido como um meio hábil a promover uma adequada redistribuição de renda, sendo inclusive aplicado em percentuais diferentes por faixa de renda, seguindo os princípios da progressividade e capacidade contributiva.

A conceituação constitucional e legal do IR, possui como elemento objetivo e fato gerador a renda e proventos econômicos de “riquezas novas” e de acréscimos patrimoniais. Tal fato é de suma importância na análise do estudo, pois, parte do questionamento quanto à cobrança se inicia justamente do fato de como o fisco considera a pensão alimentícia, seja como “riqueza nova” ou como parte da renda do alimentante já tributada, portanto, não passível de nova cobrança, o que não caracterizaria renda.

Apesar da conceituação e indicação do fato gerador e sua incidência pelo CTN, são grandes, constantes e intermináveis as questões acerca da expressão “disponibilidade econômica e jurídica”, gerando imprecisão tanto quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, como de sua incidência (HARADA, 2018).

É importante ressaltar que o CTN, desde 1966, já conceituava o imposto de renda. No entanto, com a CRFB/1988 foi necessário adequar a conceituação do imposto a

inserção de princípios tributários (princípios da generalidade, universalidade e progressividade). Alguns aspectos constitucionais do tributo foram modificados do texto original, como, a imunidade dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão das pessoas com mais de 65 anos, que foi revogada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, passando a também ser tributado desde então.

Entende-se como sujeito passivo do IR a pessoa física ou jurídica, que é titular de renda ou provento de qualquer natureza (SABBAG, 2017). Sendo que o fato gerador é tido como:

A aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda (decorrente do capital, do trabalho ou da conjugação de ambos) e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos todos os acréscimos não compreendidos no conceito de renda (SABBAG, 2017, p. 1336).

Conforme Kiyoshi Harada:

A disponibilidade econômica consiste no acréscimo patrimonial decorrente de uma situação de fato, ocorrendo no instante em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza esse efeito, (art. 116, I, do CTN), ao passo que, a disponibilidade jurídica consiste no direito de usar, por qualquer forma, da renda e dos proventos definitivamente constituídos nos termos do direito aplicável (art. 116, II, do CTN) (HARADA, 2001, p.303).

Quanto ao conceito de renda, Hugo de Brito Machado pontua que:

Na expressão do Código, renda é sempre um produto, um resultado, quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação desses dois fatores. Os demais acréscimos patrimoniais que não se comportem no conceito de renda são proventos. [...] Não há renda, nem proventos, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. [...] Quando afirmamos que o conceito de proventos também envolve acréscimo patrimonial, não queremos dizer que escape à tributação a renda consumida. O que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento no valor líquido deste. Como acréscimo se há de entender o que foi auferido, menos parcelas que a lei, expressa ou implicitamente, e sem violência à natureza das coisas, admite que sejam diminuídas na determinação desse acréscimo. [...] A renda não se confunde com sua disponibilidade. Pode haver renda, mas esta não ser disponível para seu titular. O fato gerador do imposto de que se cuida não é a renda, mas a aquisição da disponibilidade de renda, ou dos proventos de qualquer natureza. Assim, não basta para ser devedor desse imposto, auferir renda ou proventos. É preciso que se tenha adquirido a disponibilidade, que não se configura pelo fato de ter o adquirente da renda ação para sua cobrança. Não basta ser credor da renda se esta não está disponível, e a disponibilidade pressupõe ausência de obstáculos jurídicos a serem removidos (MACHADO, 2008, p. 314-315, 317 e 323).

Diante disso, pode-se fazer a diferenciação entre disponibilidade econômica e jurídica. A disponibilidade econômica seria a faculdade de usar, gozar e dispor de coisas conversíveis ou dinheiro. Enquanto, a jurídica estaria presente na aquisição de “direitos de créditos não sujeitos à condição suspensiva, representados por títulos ou documentos de liquidez e certeza” (SABBAG, 2017, p.1337).

Nesse sentido, esta parte da controvérsia jurídica da ADI de nº 5.422 paira sobre a natureza jurídica do pagamento de pensão alimentícia, sendo importante definir se os valores pagos a este título caracterizariam “disponibilidade econômica” ou “renda” e a partir daí se seriam tributados pelo IR, como efetivamente estava acontecendo, pelo entendimento sedimentado até então pelo fisco federal.

Segundo se depreende do art. 44 do CTN: “Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”, ou seja, a base de cálculo é a soma de fatores algébricos positivos e negativos, que foram agregados ao patrimônio. Sendo assim, é adotado no Brasil o critério de aferição de base de cálculo pelo montante absoluto da renda e do provento pelo qual as alíquotas irão incidir sobre o total dos rendimentos, não importando sua origem ou razão.

Por fim, salienta-se que o art. 153, §2º, I da CRFB/1988 prevê que o IR deverá observar os critérios da generalidade, universalidade e progressividade. Quanto à generalidade entende-se que a incidência do tributo deverá ocorrer sobre todos os contribuintes que pratiquem o fato gerador. O critério da universalidade deve ser observado com a base de cálculo do gravame, que entendia que quaisquer rendas e proventos auferidos pelo contribuinte deveria ser abarcado (art. 43 §1º do CTN). Enfim, a progressividade supõe a variação positiva da alíquota do imposto à medida que ocorre o aumento da base de cálculo (SABBAG, 2017).

DO BIS IN IDEM

O princípio do *bis in idem*, ou seja, da proibição de tributação dupla surge através do Pacto de San José da Costa Rica. Ressalta-se que, para a maioria da doutrina, o *bis in idem* diferentemente da bitributação é tido como lícito e possível, desde que preestabelecido constitucionalmente. Por isso, para compreender esse princípio se faz necessário diferenciá-lo da bitributação, já que muitos julgados e jurisprudências abordam esses temas.

Conforme Ricardo Alexandre, *bis in idem* ocorre quando o mesmo ente federativo tributa duplamente aplicando o mesmo fato gerador, uma vez que autorizado constitucionalmente (ALEXANDRE, 2020). Para Mazza (2019) o *bis in idem* seria a exigência simultânea de tributos sobre a mesma base de cálculo ou fato gerador advindo de uma única entidade tributante. Vale novamente ressaltar que o *bis in idem*, nem sempre é ilegal, sendo que não havendo previsão legal para uma dupla cobrança sobre a mesma base de cálculo ele se torna ilegal, como foi a análise da ADI de nº 5.422.

Exemplo dessa situação seria a cobrança lícita do IR juntamente com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), utilizando a mesma base de cálculo, que é o lucro da empresa com diferentes alíquotas (CONDÉ, 2022). Assim, tem-se que analisar se ocorre ou não *bis in idem* sobre a mesma base de cálculo, perpassando a análise da legislação tributária de maneira sistemática.

Já a bitributação ocorre quando dois entes federativos cobram o mesmo tributo, sendo, em regra, inconstitucional. Exemplo disso seria quando dois municípios cobram Imposto Sobre Serviços de um mesmo serviço prestado. No entanto, há dois casos em que é possível. O primeiro deles é na iminência ou no caso de guerra externa, conforme previsto no art. 154, inciso II da CRFB/1988: “Art. 154. A União poderá instituir: II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”. A segunda situação é nas cobranças de tributos internacionais desde que respeitando a legislação interna e externa, torna possível há exceção à regra da bitributação (CONDÉ, 2022).

Ressalta-se que, diferentemente da bitributação que é possível a aplicação da consignação prevista no art. 164, inciso III, do CTN, o *bis in idem* não tem a aplicação da consignação. Isso ocorre porque inexistente dúvida sobre quem é o legítimo credor do tributo. Assim, para defender de tal fato o contribuinte deverá utilizar, em regra, do Mandado de Segurança (MAZZA, 2019).

DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

O ordenamento jurídico brasileiro defendia que o art. 153, III, da CRFB/1988, que trata da competência da União para instituir e cobrar o tributo de IR, abrangeria qualquer

acréscimo patrimonial, ou seja, englobaria rendas e proventos de qualquer natureza. Porém, como discorrido anteriormente, não é tarefa fácil a perfeita conceituação do que seria “rendas e proventos” e a consunção da norma tributária em todos os casos. Ademais, é da natureza da tributação de que os entes incumbidos da sua cobrança façam a interpretação mais elástica e favorável ao fisco frente ao contribuinte, que é parte hipossuficiente da relação.

Diante disso, o entendimento era de que seria possível a cobrança do IR em situações de pagamentos de pensões alimentícias. Entretanto, tal entendimento não observava a trajetória dessa renda e nem como essas rendas e proventos eram cobrados das partes envolvidas. Na prática havia a cobrança do imposto, tanto de quem pagava a obrigação alimentar, como de quem recebia a obrigação alimentar.

Nesse sentido, a ADI 5.422 do STF observou que ao realizar o pagamento dessas obrigações alimentares, o alimentante ao utilizar de sua própria renda ou de seu próprio provento de qualquer natureza apenas repassa tais valores ao alimentado, sendo que tais valores ao serem recebidos não são considerados renda ou provento de qualquer natureza. Logo, quando o alimentado recolhia o IR ocorria o chamado *bis in idem*.

O Relator Dias Toffoli, pontuou que a natureza jurídica do pagamento de alimentos representa “tão somente uma entrada de valores” e não renda ou provento de qualquer natureza e, portanto, não passível de tributação pelo imposto de renda.

Vale ressaltar ainda que a ação foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e no seu pedido a inconstitucionalidade tratava-se apenas de valores de pensão alimentícia oriundos do direito de família, estando excluídas as pensões alimentícias decorrentes da responsabilidade civil.

Em regra, o IR, previsto nos arts. 43 e seguintes do CTN, só pode incidir uma única vez sobre o mesmo fato gerador, sob pena de ocorrência de *bis in idem*, que é vedado pelo sistema tributário (art. 154 da CRFB/1988). Em vista disso, Eduardo Sabbag (2017) reforça que *bis in idem* é ato em que o mesmo ente federativo tributa duplamente servindo-se do mesmo fato gerador.

Nesse sentido, alimentos ou pensão alimentícia oriunda do Direito de Família não podem ser entendidos como renda nem provento de qualquer natureza do credor dos alimentos. Esses seriam tão somente uma entrada de valores.

Diante disso, a ADI 5.422 julgada pelo STF entendeu que:

[...] submeter os valores recebidos pelo alimentado a título de alimentos ou de pensão alimentícia ao imposto de renda representa **nova incidência do mesmo tributo sobre a mesma realidade**, isto é, sobre aquela parcela que integrou o recebimento de renda ou de proventos de qualquer natureza pelo alimentante. Essa situação não ocorre com outros contribuintes (STF- Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.422, Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 27/05/2022, grifos não originais).

Em face do exposto, observa-se que o alimentante é quem, em variados casos, efetivamente recolhe o IR; ao fazer esse recolhimento não realiza distinção entre o que fica para si e o que paga a título de pensão alimentícia, e por esse motivo haveria a ocorrência do chamado *bis in idem*, ou seja, dupla tributação.

Essa situação mostrava-se favorável para a União, que até decisão em questão recebia tributação em dobro. Ressalta-se que inexistiu, no julgado embargado, qualquer limitação quanto à forma ou ao título jurídico que embasa o pagamento dessas verbas, ou seja, tal decisão também se aplica aos alimentos ou pensões alimentícias decorrentes do Direito de Família, firmadas em escritura pública.

Quanto à questão da segurança de tal procedimento, o STF em decisão do Tribunal que rejeitou os Embargos de Declaração sobre a ADI pontuou que, os lançamentos tributários são efetuados e revistos de ofício pelas autoridades administrativas. Assim, quando é comprovada a prática de alguma falsidade, erro ou omissão quanto a algum elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória ou se demonstre que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (art. 149, incisos IV e VII, do CTN) é possível a intervenção pelas autoridades administrativas.

Além disso, a Lei Complementar (LC) nº 104/01 incluiu parágrafo único no art. 116 do CTN, que passou a possibilitar que autoridade administrativa desconsidere “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. Havendo, assim, meios para que as autoridades impeçam qualquer ato atentatório ao Estado.

Salienta-se que, não houve na decisão qualquer limitação quanto ao montante recebido pelo alimentado a esse título, ou seja, não há que se falar em limitação ao piso de isenção.

Por fim, destaca-se que a tributação reconhecida como inconstitucional pela ADI feria direitos fundamentais, principalmente, de pessoas vulneráveis. Isso fica evidente ao

observar que um dos fundamentos da pensão alimentícia ou dos alimentos é a dignidade da pessoa humana, e que tem como pressuposto a necessidade do sujeito que a reclama.

Assim, os valores devidos a tais pessoas a título de repetição de indébito são essenciais para elas, que passaram a ter a devolução desses valores para custear suas necessidades mais básicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a tão sonhada justiça fiscal, baseada nos princípios constitucionais da proporcionalidade e do não confisco, aos poucos vem se desenhando, num país que é marcado pela multiplicidade de tributos e suas normas respectivas. A intervenção do Judiciário é necessária para pacificar eventuais equívocos das interpretações da legislação fiscal, como foi o caso analisado pelo STF.

Fica ainda a reflexão de que como a ação foi proposta pelo IBDFAM, com expressa incidência somente para obrigações alimentícias oriundas do Direito de Família, portanto, não abarcando a decisão as demais obrigações alimentícias oriundas da responsabilidade civil, por exemplo, a mesma base de raciocínio se aplicaria, pois as diferenças são pequenas entre elas.

Resta pacificado, pelo menos por enquanto, que os valores recebidos a título de pensão alimentícia, oriundos do Direito de Família, não caracterizam renda e proventos de qualquer natureza, sendo considerados apenas “entrada de valores”, não sendo considerada “riqueza nova”, portanto, não passíveis de tributação pelo IR, independentemente do valor recebido pelo alimentando.

Ficou caracterizado na ADI a ocorrência do *bis in idem*, e a ilegalidade da cobrança perpetrada pelo fisco federal, ressaltando-se os aspectos tributários fiscais. Ponto importante da decisão é sobre os efeitos da decisão, que nesse caso não foram modulados, sendo assim retroagem no tempo quanto aos valores já cobrados indevidamente dos contribuintes.

Diante dessa modificação jurisprudencial, as pessoas que recebem pensão alimentícia e sofreram tributação pelo IR, nos últimos 5 (cinco) anos, têm direito à restituição devidamente corrigida, cessando assim a inconstitucionalidade dessa incidência.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 14.ed. Editora JusPODVM, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2022, às 12h.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 05 jun. 2022, às 12h.
- BRASIL. **Emenda Constitucional n° 20 de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 27 de out. 2022, às 12h.
- BRASIL. **Lei Complementar n° 104/01**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm. Acesso em: 26 de out. 2022, às 13h.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5422**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5567073&ext=RTF>. Acesso em: 26 de out. 2022, às 12h.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade n° 5.422 do Distrito Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354368523&ext=.pdf>. Acesso em: 01 de nov. 2022, às 12h.
- CONDÉ, Joseane de Menezes. **Descortinando o significado de bis in idem e bitributação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/362197/descortinando-o-significado-de-bis-in-idem-e-bitributacao>. Acesso em: 30 de nov. 2022, às 12h.
- HARADA, Kiroshi. **Direito financeiro e tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 5.422**. Relator: Dias Toffoli. DJ: 27/05/2022. STF, 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/imposto-renda-nao-incide-pensao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022, às 12h.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DO MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO RETROATIVA DO INSTITUTO DESPENALIZADOR DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT: ANALYSIS OF THE TIME FRAME FOR THE RETROACTIVE APPLICATION OF THE DESPENALIZER INSTITUTE OF CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE

Vitor Luís de Almeida

vitor.almeida@tjmg.jus.br

<http://lattes.cnpq.br/8350332038072420>

Yago de Oliveira Almeida

yagoalmeida07@outlook.com

<https://lattes.cnpq.br/8629145768354950>

RESUMO: O Acordo de Não Persecução Penal é um instituto despenalizador da justiça criminal consensual. Trata-se de um mecanismo negocial introduzido no ordenamento pátrio pela Lei n. 13.964/2019. O artigo objetiva analisar a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal e compreender qual o marco temporal para aplicação retroativa deste instituto aos processos em curso quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo, o artigo foi elaborado com base em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. A pesquisa identificou dois marcos apontados pela doutrina e jurisprudência como limite temporal para a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal, quais sejam: o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Constatou-se a adoção do marco mais restritivo à retroação do instituto, em atenção à finalidade e previsão legal acerca da fase de incidência do mecanismo consensual, por ora majoritário, bem como a possibilidade de fixação do limite temporal mais abrangente, à luz do que dispõe o princípio da retroatividade da norma mista com conteúdo material mais benéfico ao réu.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Marco temporal. Aplicação retroativa.

ABSTRACT: The Non-prosecution Agreement is a despenalizer institute of consensual criminal justice. It is a negotiating mechanism introduced in the national legislation by Law n. 13,964/2019. The article aims to analyze the retroactivity of the Non-Prosecution Agreement and understand what is the time frame for retroactive application of this institute to cases in progress when Law n. 13,964/2019 entered into force. Using the deductive approach method, the article was prepared based on bibliographic and case law research. The research identified two milestones pointed out by the doctrine and jurisprudence as the temporal limit for the retroactive application of the Non-Prosecution Agreement, namely: the receipt of the accusation and the final and unappealable sentence. The adoption of the more restrictive milestone to the retroactive application of the institute was verified, in attention to the purpose and legal provision about the incidence phase of the consensual mechanism, for now the majority, as well as the possibility of fixing a more comprehensive time limit, in light of what the principle of retroactivity of the mixed norm with a material content more beneficial to the defendant disposes of.

Keywords: Criminal Non-Persecution Agreement. Time frame. Retroactive application.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como cediço, o Brasil possui um excessivo contingente de processos em tramitação em todas as suas esferas de Justiça. No âmbito penal, além do abarrotamento da Justiça Criminal brasileira, tem-se o drama da superpopulação carcerária, temas em constante discussão, seja no âmbito acadêmico, ou nos noticiários.

Sob essa ótica, tem-se buscado progressivamente a abertura de espaços de consenso na sistemática processual penal. Nesse viés, a introdução de mecanismos negociais visando a despenalização e a descarcerização no ordenamento jurídico pátrio apresentam-se como medidas promissoras para atenuar o atual cenário de sobrecarga dos tribunais e estabelecimentos prisionais brasileiros.

O mais recente instituto de justiça criminal consensual trata-se do Acordo de Não Persecução Penal. A medida despenalizadora busca evitar a deflagração da ação penal para apuração da prática de crimes de pequena e média gravidade a partir da propositura de um acordo pelo Ministério Público ao investigado, a ser judicialmente homologado, quando preenchidos os requisitos legais.

O instituto foi introduzido no Código de Processo Penal (CPP), no artigo 28-A, pela Lei n. 13.964/2019, e tem notório caráter de *novatio legis in melius*, pois prescinde da deflagração da ação penal para apuração do cometimento de uma infração penal e posterior responsabilização do infrator, possibilitando seja procedida a solução do litígio, de forma consensual, por meio de um acordo judicialmente homologado.

Por todo exposto, diante do conteúdo mais benéfico do novo mecanismo negocial, bem como da natureza jurídica da norma no ponto em que inseriu o instituto na legislação processual penal, emergiu-se a discussão acerca da possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos processos em tramitação quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, assim como em relação ao momento adequado para incidência retroativa desse instituto.

Destarte, discorrer-se-á sobre a inserção deste mecanismo negocial no ordenamento pátrio, a sua natureza jurídica e classificação enquanto direito público subjetivo do acusado ou discricionariedade do Ministério Público, para então analisar as correntes que discutem o marco temporal que limita a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, recorrendo-se aos ensinamentos doutrinários e aos posicionamentos adotados em sede dos Tribunais Superiores.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

No Brasil, em 2019, ano de publicação da Lei n. 13.964, foram distribuídos ao Poder Judiciário 2,4 milhões de novos casos criminais, ingressando 1,6 milhão de processos na fase de conhecimento de 1º grau, enquanto que o quantitativo de processos pendentes de julgamento totalizou 5,3 milhões, o equivalente a 2,5 vezes a demanda do sistema judicial criminal, conforme consta do Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (2020).

No segundo semestre de 2019, o Brasil contava com 989.263 presos, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do Departamento Penitenciário Nacional (2021), evidenciando, pois, a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Consoante as lições de Pacelli (2021, p. 606), o “drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a consequente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade”.

Com base nesse contexto de insuficiência do sistema de justiça criminal para processar e julgar o quantitativo de processos existentes, como também para efetivar os fins pretendidos pela aplicação das sanções penais, é que se buscou nos mecanismos de justiça penal negociada uma solução para tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional.

Nesse íterim, Cunha (2020) esclarece que o processo penal necessitava de um instrumento negocial tal qual o Acordo de Não Persecução Penal, pois ele inegavelmente proporcionará uma tutela penal mais efetiva a partir da economia de tempo e recursos que trará para a justiça criminal. Imperioso, portanto, compreender o modelo de justiça criminal consensual que se instaura, levando-se em conta seu propósito de atenuar a calamitosa situação de enfrentamento à criminalidade no Brasil.

Em análise ao pacote de projetos de lei que tramitava no Congresso Nacional e propunha a modificação da legislação brasileira para torná-la mais efetiva no combate ao crime, Lopes Júnior (2019, s/n), em artigo intitulado “Adoção do *plea bargaining* no projeto ‘anticrime’: remédio ou veneno?”, asseverou:

A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo é preciso compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena — como a proposta pelo projeto “anticrime” do governo federal — que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*).

Em tom alarmado, o referido autor defendeu a necessidade de ampliação dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira, sobretudo diante do excesso de processos em tramitação na justiça criminal. Todavia, ponderou que o *plea bargaining* norte-americano, adotado para negociação de pena, seria incompatível com o sistema jurídico vigente no Brasil.

Acerca do *plea bargaining*, Aras (2019) nos ensina que se trata de uma transação que visa abreviar o processo para se alcançar, desde logo, uma sentença, razão pela qual se suprime etapas processuais como a fase de debates e a colheita de provas, já que o infrator assume sua culpabilidade em face de benefícios legais, garantindo, assim, a elucidação do crime e assegurando a rápida punição dos criminosos, além de diminuir a carga de trabalho e os custos da justiça criminal.

Infere-se, pois, que o modelo de justiça penal negociada pautada no *plea bargaining* visa uma rápida resposta estatal ao crime, mediante abreviação do procedimento para apuração e responsabilização criminal, o que possibilita a imposição de uma sanção pelo ilícito praticado, dispensando maiores dilações probatórias, resultando na redução tanto do quantitativo de trabalho quanto dos custos da justiça criminal.

Assevera Cabral (2019) que a implementação de acordos no sistema judicial criminal trata-se de uma alternativa promissora à medida em que permite o estabelecimento de um sistema de eleição inteligente de prioridade, fazendo com que só sejam levados a julgamento os casos mais graves, ao passo que às demandas de pequena e média gravidade restaria a possibilidade de resolução por meio da celebração de acordos.

Ressalta-se, nessa perspectiva, que no ano de 2017 foi editada a Resolução n. 181, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2017), visando aprimorar a instauração e tramitação de procedimentos investigatórios a cargo do *Parquet*, atenuar a carga desumana de processos, o desperdício de recursos, o prejuízo e o atraso no oferecimento de Justiça, e minorar os efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória, a fim de reduzir os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogar os estabelecimentos prisionais.

Observa-se, ante a excessiva carga de processos acumulados nas varas criminais e da superlotação do sistema prisional, que foi necessário buscar soluções alternativas com o fito de proporcionar celeridade na apuração de crimes de pequena e média gravidade, razão pela qual previu a Resolução n. 181 de 2017, em seu artigo 18, o Acordo de Não Persecução Penal.

Contudo, ainda que bem-intencionada a instituição de um mecanismo negocial visando atenuar o enorme acervo processual da justiça criminal e frear o aumento da população

carcerária, uma discussão surgiu em torno da constitucionalidade do dispositivo. Consoante as lições de Avena (2021, p. 296), o ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público:

sempre teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que o art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal estabelece como atribuições do CNMP as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não lhe facultando a criação de institutos de natureza processual penal.

Nesse ínterim, diante da inexistência de previsão constitucional que atribua ao Conselho Nacional do Ministério Público a competência para criação de institutos de natureza processual e penal, a inconstitucionalidade do acordo criminal previsto na Resolução n. 181 de 2017 foi suscitada, sendo o dispositivo objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as quais tramitam sob os números 5790 e 5793, ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Todavia, com o advento da Lei n. 13.964, publicada em 24 de dezembro de 2019, amplamente difundida como “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”, em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020, foi acrescido ao Código de Processo Penal o artigo 28-A, que normatiza o Acordo de Não Persecução Penal e disciplina sua aplicação.

Preceitua Pacelli (2021) que a Lei n. 13.964/2019 adotou o Acordo de Não Persecução Penal, anteriormente regulamentado pela Resolução n. 181 de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, além de inovar em alguns aspectos e corrigir algumas irregularidades, a começar pelo respeito ao princípio da legalidade, já que inserido no sistema legal por instrumento normativo compatível, isto é, por lei em sentido estrito.

Quanto à conceituação do instituto, aduz Avena (2021, p. 294) que:

consiste no ajuste celebrado, em determinadas circunstâncias e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade.

Verifica-se, portanto, a bilateralidade do instituto, tendo em vista que se trata de um ajuste de interesses. Nesse viés, o Acordo de Não Persecução Penal será levado a cabo pelos interessados, quais sejam, o Ministério Público e o investigado, estando este acompanhado por seu defensor. Do termo, constarão todas as medidas estipuladas. Aceito e cumprido integralmente, resultará na extinção da punibilidade do agente infrator.

Outrossim, depreende-se dos ensinamentos de Barros (2021) que o Acordo de Não Persecução Penal, enquanto instrumento extrajudicial pautado em uma política criminal de

descarcerização, visa a realização de um acordo bilateral, entre o Ministério Público e o agente transgressor da lei, para o ajuste de medidas a serem cumpridas, evitando-se a judicialização e a tramitação de um processo criminal, bem como de todas as mazelas que ele acarreta.

Isso posto, ante o cenário de superlotação do sistema prisional brasileiro, o aludido mecanismo negocial, enquanto medida que visa a descarcerização e despenalização, apresenta-se como um meio promissor para desafogar o Judiciário e reduzir a população carcerária, vez que permite a resolução de demandas criminais a partir do cumprimento de condições estipuladas entre o Ministério Público e o agente infrator, judicialmente homologadas.

3. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Haja vista as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 nos ordenamentos processual penal e penal, faz-se necessário discorrer sobre a natureza jurídica dessa norma no ponto em que instituiu o Acordo de Não Persecução Penal.

Ao explanar acerca de lei processual e aplicação da norma no tempo, assevera Lima (2020, p. 92) que “incide no processo penal o princípio da aplicabilidade imediata, no sentido de que a norma processual aplica-se tão logo entre em vigor, sem prejuízo da validade dos atos já praticados anteriormente.” Vige, portanto, o princípio do *tempus regit actum*, isto porque a norma processual penal rege imediatamente o curso processual, sem qualquer embargo para os atos praticados sob a regência da norma anterior.

Nesse ínterim, malgrado o Acordo de Não Persecução Penal tenha sido inserido no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019, os efeitos em relação à sua aplicação no tempo podem variar de acordo com a compreensão sobre a natureza jurídica do instituto.

Salienta-se que as normas no âmbito penal, em relação à natureza jurídica, podem ser classificadas do seguinte modo: norma penal, norma processual penal pura e norma mista ou híbrida. Segundo as lições de Lopes Júnior (2021), a norma penal se restringe a disciplinar o poder punitivo estatal, enquanto a norma processual penal pura regula o desenvolvimento do processo, do início ao fim, e os seus diferentes institutos.

Por outro lado, as normas mistas, conforme elucida Nucci (2021, p 166), “apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de direito penal.” Assim, para se classificar uma norma como sendo de natureza mista, é necessário analisar se o seu conteúdo é de direito material.

Para discorrer, portanto, acerca da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, urge explanar sobre o conteúdo do instituto. À vista disso, é preciso compreender como o tema é tratado pela doutrina e jurisprudência.

Consoante as ponderações de Barros (2021, p. 97):

a natureza jurídica de um instituto é sua essência em si mesma, e não suas eventuais consequências jurídicas. Nesse sentido, o **acordo de não persecução penal** tem natureza jurídica de um **negócio jurídico extraprocessual** que, a depender do seu desfecho, poderá resultar em algumas consequências jurídicas, tais como o arquivamento do procedimento investigativo. (Grifos originais)

Para o referido autor, portanto, deve-se considerar não a consequência jurídica do instituto, mas, sim, a sua essência. Desse modo, define a natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal como sendo um negócio jurídico extraprocessual, pois se trata de um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado, fora do processo.

Nesse mesmo sentido, Cabral (2019) aduz que, em se tratando da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, este não se trata nem de norma processual penal nem de norma penal, mas de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, já que consubstancia a política criminal do Ministério Público, titular da ação penal.

Em outra perspectiva, aduz Badaró (2020, p. 187)

Quanto à sua natureza jurídica, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico processual penal entre investigado e Ministério Público, que substancialmente constitui um acordo sobre pena, em que se aceita o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, com benefício de sua redução, em troca de se abrir mão do processo.

Sustenta-se, nessa ótica, que o Acordo de Não Persecução Penal comporta natureza de negócio jurídico processual penal, pois versa sobre o estabelecimento de uma sanção em contraposição à instauração de um processo penal. Assim, considera-se a finalidade do instituto, qual seja, o cumprimento de medidas restritivas de direitos para que se alcance a extinção da punibilidade do agente transgressor da lei, sem a necessidade de deflagração da ação penal.

Sob outro enfoque, preceitua Avena (2021, p. 298) que:

o art. 28-A é **norma híbrida (ou mista)**, vale dizer, insere tanto conteúdo de natureza material (confere ao investigado que firma o acordo benefícios de ordem penal, assegurando-lhe, inclusive, com o cumprimento das condições estabelecidas, a extinção da punibilidade, conforme art. 28-A, § 13; permite que seja alcançada a reparação do dano causado à vítima, antecipando, portanto, efeito que seria próprio de sentença condenatória, *ex vi* do art. 91, I, do Código Penal e possibilita, a título de condições do ajuste, a aplicação de obrigações análogas às penas restritivas de direito

de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e de prestação pecuniária independentemente de condenação) quanto de natureza processual (trata-se de instituto previsto no âmbito do Código de Processo Penal, viabilizado quando não for hipótese de arquivamento da investigação, afastando, quando cumpridas as condições ajustadas, o desencadeamento do processo criminal). (Grifos originais)

Nesse contexto, estando-se diante de uma norma com conteúdo de natureza material, tendo em vista os benefícios de ordem penal trazidos pelo instituto, como também de natureza processual, já que regula a deflagração da ação penal, destaca-se que o Acordo de Não Persecução Penal comporta notória natureza jurídica de norma híbrida ou mista, em que pesem os entendimentos doutrinários anteriormente explicitados.

Coadunam com o exposto as lições de Nucci (2021, p. 233), para quem o “acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, é uma norma processual de natureza mista, pois evita a propositura de ação penal e, com isso, permite a extinção da punibilidade.” Nesse diapasão, referido autor define a natureza jurídica do instituto a partir da sua consequência jurídica, classificando-o como norma de natureza mista, pois ressalta o seu conteúdo de direito penal, isto é, a possibilidade de extinção da punibilidade do agente.

Impende destacar que, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso em *Habeas Corpus* n. 146.012/RS, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no exercício de sua função constitucional de padronizar a jurisprudência entre os tribunais, adotou a tese da natureza híbrida do Acordo de Não Persecução Penal:

[...] 2. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, considerada a natureza híbrida da norma e diante do princípio *tempus regit actum* em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1.319.986/PA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 24/5/2021). [...] (AgRg no RHC 146.012/RS, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data de Julgamento: 15/06/2021, Data de Publicação: 18/06/2021). (BRASIL, 2021)

De igual modo, posicionou-se também o Supremo Tribunal Federal (STF), como se extrai da decisão em sede do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 191.464:

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. [...] (HC 191464 AgR, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, Data de Julgamento: 11/11/2020, Data de Publicação: 26-11-2020). (BRASIL, 2020)

Logo, constata-se que prevalece o entendimento que dispõe sobre a natureza jurídica mista do Acordo de Não Persecução Penal, uma vez que, quando instados a se manifestar acerca da necessidade de conjugar a aplicação imediata do instituto, por se tratar de uma norma processual, com a retroatividade da norma penal mais benéfica, diante do seu conteúdo de direito material mais favorável, assim decidiram os Tribunais Superiores.

Visto isso, urge compreender a repercussão da classificação da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, enquanto norma mista ou híbrida, em relação à sua aplicação no tempo.

4. A RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Consoante os ensinamentos de Avena (2021, p. 48), pode-se identificar duas correntes que discorrem sobre as consequências do enquadramento de uma norma como de natureza mista, assim dispondo a primeira:

detectada a natureza mista do conteúdo inserido à lei nova, possibilita-se, para verificação de sua aplicação imediata ou não aos fatos ocorridos e processos iniciados anteriormente à sua vigência, a **cisão da norma**. Neste cenário, se o conteúdo material inserido à nova legislação, em comparação com o direito anterior, for prejudicial ao réu, é este último (o direito anterior) que deverá ser aplicado. Todavia, no que concerne ao conteúdo processual, ainda que não favoreça o acusado, deverá ser aplicado imediatamente aos novos atos praticados e decisões exaradas em razão do princípio *tempus regit actum*. (Grifos originais)

Observa-se, pois, que para a primeira corrente, constatada a natureza mista da norma, deve se proceder a sua cisão: se o conteúdo material for prejudicial ao réu, a norma anterior deverá ser aplicada; quanto ao conteúdo processual, ainda que prejudicial ao réu, deverá ser aplicado aos novos atos, em virtude do princípio *tempus regit actum*.

Por outro lado, explica Avena (2021, p. 48) que na segunda corrente:

não se admite a cisão da norma em regra de direito material e regra de direito processual. Logo, se a aplicação do conteúdo material da norma for prejudicial ao réu, essa norma, como um todo, não pode ser aplicada (nem o conteúdo material, nem o conteúdo processual). Agora, se, ao contrário, o conteúdo material da norma nova for mais benéfico, operar-se-á a sua retroatividade, sendo aplicável, também e por óbvio, a nova disciplina processual, independentemente de ser esta mais ou menos favorável ao acusado no enfoque da tramitação do feito (em face, repita-se, da incidência do princípio *tempus regit actum*). Esta última orientação é a prevalente. (Grifos originais)

Assim sendo, a segunda corrente não se filia a ideia de cisão da norma. Sendo o conteúdo material prejudicial, afastar-se-á a aplicação da norma como um todo; em contrapartida, sendo o conteúdo material mais benéfico ao réu, dever-se-á operar a sua retroatividade. Ainda, evidencia-se que a segunda corrente é a que prevalece, conforme se extrai do excerto.

Desse modo, ao abordar a questão da retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, Avena (2021, p. 298-299) arguiu ser possível observar o surgimento de duas correntes que discorrem acerca do limite temporal para aplicação retroativa do instituto, assim dispendo:

Primeira: deve ser facultada a proposta de acordo de não persecução penal em relação a processos criminais em andamento, tendo em vista que a retroatividade ou não da norma híbrida superveniente é definida pelo seu conteúdo material. Logo, se esse conteúdo for favorável ao réu (*novatio legis in melius*), deve a norma retroagir como um todo, alcançando situações anteriores à sua vigência. Dentro da linha de pensamento em exame, há, inclusive, quem defenda que deve ser viabilizado o acordo em relação a réus já condenados, cujos processos se encontrem em grau de recurso. [...]

Segunda: não ignorando a retroatividade da norma híbrida quando for o seu conteúdo material favorável ao réu, tal retroação deve ser limitada ao âmbito de incidência daquela norma, não se podendo estender o seu alcance a situações não tratadas na regra nova, muito especialmente quando for evidente não ter sido este o intuito do legislador. Ora, no caso do acordo de não persecução penal, infere-se do art. 28-A, bem como de seus incisos e parágrafos, que se trata de instrumento restrito à fase pré-processual, não sendo cabível após recebida a denúncia.

Infere-se, portanto, que a primeira corrente defende a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal em virtude da sua natureza material mais benéfica ao acusado, devendo alcançar, inclusive, os processos já sentenciados que estejam em fase recursal. Por outro lado, a segunda corrente, em que pese não negar a retroatividade da norma híbrida de conteúdo material favorável, aduz que a retroação do instituto deve observar o âmbito de incidência fixado pelo legislador, isto é, sua aplicação na fase pré-processual, devendo-se ter por limite o recebimento da denúncia.

Para além da divergência acerca da retroação do instituto, repercute ainda discussão acerca da classificação do Acordo de Não Persecução Penal enquanto direito público subjetivo do acusado ou discricionariedade do Ministério Público. Em seus comentários ao Pacote Anticrime, Lima (2020, p. 221) antecipou:

À semelhança do que ocorreu quando da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais, quando muito se discutiu acerca da natureza jurídica dos institutos despenalizadores nela previstos, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo - direito subjetivo do acusado ou mera discricionariedade do Ministério Público -, já se pode antever o surgimento de idêntica controvérsia em relação ao acordo de não persecução penal.

Diante da acertada previsão, esse tema em relação ao Acordo de Não Persecução Penal é também alvo de divergências. Portanto, em vista da controvérsia acerca da classificação do novo mecanismo negocial enquanto direito público subjetivo do acusado ou faculdade do Ministério Público, é preciso analisar o instituto sob o crivo das duas correntes, aliado ao marco temporal adotado por cada uma delas.

Segundo explicita Lopes Júnior (2021), o Acordo de Não Persecução Penal se trata de um direito público subjetivo do indivíduo e, preenchidos os requisitos legais previstos para a sua propositura, o investigado tem direito aos benefícios do instituto. Logo, infere-se que, sempre que satisfeitos os requisitos da lei, cabe ao Ministério Público oportunizar ao transgressor da lei a formalização do acordo.

Em convergência com entendimento exposto, Marcão (2021, p. 104) dispõe que os requisitos para propositura do Acordo de Não Persecução Penal são cumulativos e, uma vez satisfeitos, “o investigado terá a seu favor o direito subjetivo de desfrutar dessa causa legal de não punibilidade.”

De igual modo, para Rangel (2020), conjugando-se o caráter híbrido da norma no ponto em que prevê o instituto com a sua natureza material mais benéfica, o Acordo de Não Persecução Penal se trata de um direito público subjetivo do investigado, apontando que, mesmo já deflagrada a ação penal, o réu terá direito à aplicação da medida. Assim, dispõe que nos processos em curso, presentes os requisitos autorizadores, caberia ao juiz abrir vista dos autos para que o *Parquet* se manifestasse acerca da possibilidade de propositura do acordo.

Para além disso, ao analisar o instituto, Lopes Júnior (2021, p. 86) defendeu a natureza de norma mista e, por conseguinte, asseverou a possibilidade de aplicação retroativa para beneficiar o réu, sedimentando que o Acordo de Não Persecução Penal “pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.”

Sob essa égide, partindo-se da ideia de que a celebração do Acordo de Não Persecução Penal é um direito público subjetivo do investigado, assim como em atenção à natureza mista do instituto, sustenta parcela da doutrina que é possível a retroação do instituto para incidir em processos em curso em qualquer fase de tramitação, desde o recebimento da denúncia até a fase recursal, não se restringindo à etapa extraprocessual prevista na lei.

Corroborando com a ideia exposta, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (2020, s/n), por meio da Câmara de Estudos Criminais e Processual Penal e da Câmara de Estudos de Execução Penal, aprovou o Enunciado n. 17, que assim dispõe:

“O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.”

Veja-se, portanto, que a Defensoria Pública mineira privilegiou a classificação do instituto enquanto direito público subjetivo do indivíduo e defendeu sua aplicação aos feitos em curso, independentemente da fase processual em que se encontrem.

Em sede dos Tribunais Superiores, destaca-se que no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 575.395/RN, pela Sexta Turma do STJ, pautou-se a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal para incidir em processos em curso com sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado:

[...] 1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF). [...] (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Data de Julgamento: 08/09/2020, Data de Publicação: 14/09/2020). (BRASIL, 2020)

Isto posto, evidencia-se que o entendimento inicial da Sexta Turma do STJ era no sentido de que a natureza jurídica mista e de caráter mais benéfico da norma que introduziu o Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento pátrio impunha a retroatividade do instituto para alcançar feitos em curso, desde que não transitados em julgado.

Nessa mesma linha de raciocínio, impende ressaltar que está em tramitação no STF o julgamento do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual afetou o tema para julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, e, em seu voto, propôs a fixação da seguinte tese:

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP. (BRASIL, 2021)

Pode-se afirmar, com base na tese proposta, que o Ministro Relator defende a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal para alcançar os processos em curso, nos quais são cumpridos todos os requisitos legais, desde que não haja o trânsito em julgado. Logo, nota-se que a proposta de marco temporal limite para aplicação retroativa Acordo de Não Persecução Penal seria o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em arremate sobre o tema, Nucci (2021, p. 223) leciona que:

O acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, é uma norma processual de natureza mista, pois evita a propositura de ação penal e, com isso, permite a extinção da punibilidade. Assim sendo, temos sustentado que essa espécie de norma processual penal deve retroagir no tempo, tal como a norma penal benéfica, atingindo todos os processos em andamento, desde que não tenha havido trânsito em julgado. Entretanto, a tendência da jurisprudência, por ora, tem sido não acolher a retroatividade benéfica dessa norma do art. 28-A do CPP; defende-se que, havendo o recebimento da denúncia ou queixa, está-se diante de ato jurídico perfeito, não podendo ser alterada a situação. Esse entendimento, na realidade, deixa de reconhecer a força da norma processual penal de natureza mista.

Em face do exposto, o autor defende a necessidade de aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal para alcançar os processos em andamento, desde que não haja trânsito em julgado, em atenção à força da norma de natureza mista. Desse modo, constata-se que a tese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, também adotada inicialmente pelo STJ, está em consonância com o entendimento doutrinário explicitado.

Isto posto, frisa-se que o entendimento até aqui desenvolvido aponta o Acordo de Não Persecução Penal enquanto direito público subjetivo do acusado e sustenta a retroação da norma híbrida mais benéfica, sedimentando a aplicação retroativa do instituto aos processos em curso quando da entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, adotando-se por marco temporal o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por outro lado, em contraposição à ideia de que o Acordo de Não Persecução Penal se trata de um direito público subjetivo do acusado, parcela doutrinária se insurgiu e apontou que, em verdade, diante da natureza negocial do instituto, a propositura do acordo trata-se de uma discricionariedade do Ministério Público.

Nesse sentido, Barros (2021, p. 110) ensina-nos que: “Não há um direito subjetivo, mas sim uma discricionariedade regrada. Assim, o órgão do Ministério Público, mesmo diante da presença dos requisitos primários, secundários e personalíssimo, pode deixar de propor o acordo desde que fundamente a impossibilidade.” Por consequência, ainda que preenchidos os requisitos para auferir os benefícios do instituto, é facultado ao *Parquet* a sua não propositura, desde que justifique sua decisão.

Coaduna com o exposto as lições de Lima (2020, p. 277):

Se não se trata de direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos listados pelo art. 28-A, *caput* e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19. Não existe, pois, absoluta liberdade discricionária, posto que tais requisitos deverão ser necessariamente observados, sob pena inclusive de recusa judicial à homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §7º).

Ante o exposto, haja vista que a análise do preenchimento dos requisitos para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal cabe ao Ministério Público, defende-se que não há que se falar em um direito subjetivo do investigado. Todavia, não se trata de uma discricionariedade irrestrita, como já avençado, mas, sim, de uma oportunidade regrada, vez que o órgão acusador deve observar os parâmetros previstos na lei.

Ademais, se por um lado a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais postulou pelo reconhecimento do direito público subjetivo do infrator em celebrar o Acordo de Não Persecução Penal, por outro, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (2020, p. 06), com o intuito de auxiliar os membros do Ministério Público dos Estados e da União, emitiram os seguintes enunciados:

ENUNCIADO 19 (ART. 28-A, CAPUT) O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

ENUNCIADO 20 (ART. 28-A) Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Nesse diapasão, constata-se, a partir dos enunciados aprovados, que sob a ótica do Ministério Público, o Acordo de Não Persecução Penal é uma faculdade do *Parquet*, e não um direito público subjetivo do investigado. Ainda, ante essa classificação, restringe-se o alcance do mecanismo negocial, limitando sua aplicação retroativa aos fatos que, embora ocorridos antes da vigência do “Pacote Anticrime”, ainda figurem nos procedimentos investigatórios, adotando-se como limite temporal para retroatividade do instituto o recebimento da denúncia.

Neste último ponto, Avena (2021, p. 299), ao identificar as duas correntes a respeito da aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal a processos em curso, anteriormente analisadas, filiou-se à segunda, como se vê:

Concordamos com a segunda orientação, acrescentando que não implica qualquer afronta à *regra da retroatividade das normas híbridas quando favorável ao réu seu conteúdo material*. Isto porque essa retroatividade deve observar a exegese do art. 28-A à luz da explicitude de sua redação e da vontade do legislador, não podendo ir além disto. Ora, se do art. 28-A se extrai um limite temporal à sua incidência – celebração do acordo somente na fase pré-processual –, é apenas dentro desse limite que tal dispositivo pode retroagir. Essa retroação do art. 28-A enquanto *novatio legis in melius*, enfim, estará satisfeita com a sua aplicação aos crimes praticados anteriormente à entrada em vigor da Lei 13.964/2019, apenas isto, não se podendo aceitar, de forma alguma, sob o manto da regra da retroatividade da lei penal mais

benigna, o alargamento daquela norma para abranger situação por ela não tratada.
(Grifos originais)

Extrai-se, portanto, que a retroatividade do Acordo de Não Persecução deve se pautar no limite temporal imposto pela própria lei, isto é, deve ficar adstrito ao limite postulado pelo legislador, o qual prescreveu a incidência do instituto na fase extrajudicial, ou pré-processual.

Desse modo, embora não se negue o desdobramento lógico de retroatividade imposto às normas híbridas mais benéficas, o abrandamento das hipóteses de aplicação do acordo não poderia ir de encontro à exegese do artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, diante do impasse acerca do marco temporal para regular a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 625.609/SP, quando acionada para decidir sobre a aplicação da norma no tempo, posicionou-se no seguinte sentido:

[...] 2. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada em sede de apelação criminal. [...] (HC 625.609/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Julgamento: 01/12/2020, Data de Publicação: 07/12/2020). (BRASIL, 2020)

Destarte, para a Quinta Turma do STJ, é necessário se atentar para o propósito do instituto, razão pela qual decidiu ser inconcebível a aplicação do mecanismo negocial aos processos em curso nos quais já se tenha havido o recebimento da denúncia.

Para além disso, consoante apontado, observou-se que a Sexta Turma do STJ possuía entendimento diverso do ora examinado, pois havia adotado a ausência de trânsito em julgado como limite para a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal. Contudo, posteriormente, houve um alinhamento entre a Quinta e a Sexta Turma, integrantes da Terceira Seção do STJ, fixando-se o recebimento da denúncia como sendo o marco temporal para a retroação do mecanismo negocial, como se vê da decisão em sede do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.799.075/RS:

[...] 1. A orientação que se firmou no âmbito das Turmas que integram a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é a de ser possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, como na espécie, não há falar em retroceder na marcha processual. [...] (AgRg no AREsp 1799075/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz,

Sexta Turma, Data de Julgamento: 26/10/2021, Data de Publicação: 04/11/2021). (BRASIL, 2021)

Assim, pode-se concluir que o entendimento predominante no STJ é de que se reconhece a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal para alcançar os procedimentos que já haviam sido instaurados quando passou a vigorar a Lei n. 13.964/2019, desde que não haja recebimento da denúncia. Logo, constata-se que, em sede do STJ, o limite temporal adotado para a aplicação retroativa do instituto é o recebimento da denúncia.

De igual modo, a Primeira Turma do STF, instada a se manifestar, adotou o mesmo marco limitador, conforme julgamento do Agravo regimental em *Habeas Corpus* n. 200.255:

EMENTA: penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 200255 AgR, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, Data de Julgamento: 30/08/2021, Data de Publicação: 20-09-2021). (BRASIL, 2021)

Ante o exposto, infere-se que está se consolidando o entendimento de que o marco limite para a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal é o recebimento da denúncia, vez que, em observância à finalidade do instituto, que pressupõe sua incidência na fase pré-processual, sua retroação apresenta-se incompatível com o procedimento judicial já em curso.

Porém, frisa-se, embora seja esse o entendimento dominante em sede dos Tribunais Superiores, que o tema está pendente de julgamento pelo Plenário do STF, não havendo ainda a pacificação da matéria, razão pela qual pode haver uma alteração do posicionamento por ora dominante. Convém ressaltar, nesse viés, que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no citado *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, assim dispôs:

Portanto, penso que o **limite temporal para obstar o oferecimento do ANPP em processos em curso quando da vigência da Lei 13.964/2019 seria somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

Isso porque, com o trânsito em julgado, inicia-se a execução da pena e encerra-se a persecução penal, perdendo sentido o ANPP em sua função essencial de simplificar e antecipar a sanção ao imputado com a sua conformidade. (Grifos originais) (BRASIL, 2021)

Nesse sentido, verifica-se que, para o julgador, a incompatibilidade para aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal somente surgiria com o trânsito em julgado da decisão condenatória e início do cumprimento definitivo da pena, razão pela qual o Ministro

Relator propôs a tese cujo limite temporal para aplicação retroativa do mecanismo negocial é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como já explicitado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário no Brasil acumula milhares de processos pendentes de julgamento e, somado às demandas que surgem diariamente, tem-se o completo abarrotamento do sistema judicial. Como visto, na seara criminal, os dados são alarmantes, diante do enorme quantitativo de ações penais em curso e da superlotação nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Na busca por medidas para viabilizar o desafogamento do sistema judicial criminal, a Lei n. 13.964/2019 adotou o Acordo de Não Persecução Penal. Com influência do *plea bargaining* norte-americano, foi inserido um novo mecanismo de justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se, pois, a expansão dos espaços consensuais na justiça criminal com o fito de viabilizar a celeridade e eficácia.

O Acordo de Não Persecução Penal, inovação no ordenamento processual penal, mas já presente na política criminal adotada pelo Ministério Público, vez que previsto anteriormente na Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, envolve uma temática atual e, devido aos seus efeitos, tendo em vista seu viés despenalizador e desencarcerador, torna-se essencial a discussão acerca da sua aplicação no tempo.

Nesse diapasão, a presente discussão buscou compreender os entendimentos formados em torno da aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal aos processos em tramitação quando da vigência da Lei n. 13.964/2019, mais especificamente em relação ao limite temporal para a retroatividade do instituto.

Constatou-se, pois, que parcela da doutrina, bem como o entendimento inicial em sede dos Tribunais Superiores, apontam o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como o marco limite para aplicação retroativa do instituto, em atenção à natureza de norma mista, com conteúdo material mais benéfico ao acusado.

Em contrapartida, apresentou-se entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial que, atentos à finalidade do Acordo de Não Persecução Penal, qual seja, a não deflagração da ação penal, e à característica de negócio jurídico pré-processual, filiaram-se à ideia de que o limite temporal para a retroatividade do instituto é o recebimento da denúncia.

Posto isso, visto que tem prevalecido nos Tribunais Superiores que o marco temporal para a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal é o recebimento da denúncia, se tem

restringido a aplicação do instituto aos procedimentos em curso, que ainda se encontrassem na fase administrativa de inquérito, quando da vigência da Lei n. 13.964/2019.

Contudo, verifica-se que a discussão não resta pacificada. Afinal, a partir do julgamento pelo Plenário do STF do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, pode-se ter novo desfecho, vez que a tese proposta pelo Ministro Relator é de que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seja o limite temporal para retroação do instituto. Não se desconsidere que, sobretudo diante do cenário de abarrotamento do sistema judicial criminal brasileiro, a adoção da ausência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode trazer novos contornos para justiça criminal.

Portanto, em que pese a tese majoritária até então aplicada, resta indefinido qual será o efetivo limite temporal definitivo, pois pendente de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte o *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, que intenta a pacificação do tema.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Acordo de Não Persecução Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma.). **Habeas Corpus n. 625.609/SP**. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Próprio. Inadequação da via eleita. Crimes de Furto Qualificado e Corrupção de Menores. Condenação em sede de Apelação Criminal. Aplicação retroativa do Art. 28-A do Código de Processo Penal. Incompatibilidade com o propósito do Acordo de Não Persecução Penal. Precedentes. Dosimetria da Pena. Afastamento do Concurso Material de Crimes. Corte de origem entendeu que houve Desígnios Autônomos. Inversão do Julgado. Impossibilidade na via eleita. Writ não conhecido. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca. Distrito Federal, 07 dez. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=118389079&num_registro=202002990466&data=20201207&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma.). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.799.075/RS**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Falsidade Ideológica. Acordo de Não Persecução Penal. Inaplicabilidade. Alegação de testemunho intempestivo e inversão da ordem de oitiva das testemunhas. Preclusão. Ausência de prejuízo. Absolvição. Ausência de provas. Reexame Fático-Probatório. Impossibilidade. Súmula N. 7/STJ. Agravo Regimental Desprovido. Relator: Min. Laurita Vaz. Distrito Federal, 04 nov. 2021. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=2110588&num_registro=202003224672&data=20211104&peticao_numero=202100924663&formato=PDF. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma.). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 575.395/RN**. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Fraude à licitação. Falsidade Ideológica. Acordo de Não Persecução Penal. Pacote Anticrime. Art. 28-A do Código de Processo Penal. Norma Penal de Natureza Mista. Retroatividade a favor do réu. Necessidade de intimação do Ministério Público. Decisão Reconsiderada. Agravo Regimental Provido. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Distrito Federal, 14 set. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113037316&num_registro=202000931310&data=20200914&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma.). **Agravo Regimental em Recurso em Habeas Corpus n. 146.012/RS**. Agravo Regimental em recurso em Habeas Corpus. Execução Penal. Aplicação retroativa do Art. 28-A do CPP (ANPP). Denúncia que já tinha sido recebida. Impossibilidade. Precedentes. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Distrito Federal, 18 jun. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101153558&dt_publicacao=18/06/2021. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma.). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 191.464**. Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. Relator: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Agravo regimental em Habeas Corpus n. 200.255**. Ementa: penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. Relator: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 20 set. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757324348>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 185.913/DF**. Voto. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 17 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-anpp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (Brasil). **Enunciados interpretativos da Lei nº**

13.964/2019 Lei Anticrime. Disponível em:

https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 02 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Distrito Federal: Conselho Nacional do Ministério Público, 07 de ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Enunciados institucionais aprovados.** Disponível em: https://legadointranet.defensoria.mg.def.br/images/arquivos/comunicacao/camaras_de_estudo/2020/DPMG_PACOTE-ANTICRIMI_ENUNCIADOS-APROVADOS-CONSOLIDADOS-2.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: JusPodivm, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília, DF: Depen, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 04 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por Artigo.** Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** Revista Consultor Jurídico, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno#:~:text=O%20plea%20bargaining%20no%20processo,desigualdade%20de%20tratamento%20e%20inseguran%C3%A7a>. Acesso em: 07 ago. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO: MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

APPROPRIATE MEANS OF RESOLVING CONFLICTS IN INHERITANCE LAW:
EXTRAJUDICIAL MEDIATION

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Hanna Ferreira Souza

hannassouza56@gmail.com

Jennifer Kethlyn Coelho Santos

jenniferkethlyncoelhosantos@gmail.com

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo realizar uma breve discussão quanto a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos nos contextos sucessórios. O processo judicial de inventário é caracterizado por sua complexidade e morosidade, que se acentuam com as divergências entre os herdeiros, considerando as relações e os interesses envolvidos. Destarte, é possível analisar o implemento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, dando ênfase à aplicação da mediação judicial nos embates que envolvam as similitudes familiares e o Direito das Sucessões. Diante disso, a metodologia adotada foi a exploratória e descritiva, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, além de apresentar como método de procedimento o histórico e estruturalista para melhor condução da pesquisa e alcance dos resultados conjecturados. Já como técnica de pesquisa tem-se a bibliográfica documental em virtude do uso de livros, jurisprudências, leis e artigos. Conclui-se, perante o exposto, que a mediação no processo de inventário favorece o protagonismo das partes e a resolução do conflito de forma mais benéfica aos envolvidos.

Palavras-chave: Métodos alternativos de solução de conflitos; Mediação; Protagonismo das partes.

ABSTRACT: This research aims to carry out a brief discussion regarding the use of alternative means of conflict resolution in succession contexts. The judicial inventory process is characterized by its complexity and slowness, which are accentuated with the divergences among the heirs, considering the relationships and interests involved. Thus, it is possible to analyze the implementation of alternative methods of conflict resolution, emphasizing the application of judicial mediation in disputes involving family similarities and Succession Law. In view of this, it was used exploratory and descriptive methodology, with a deductive, inductive and dialectical method of approach, in addition to presenting the historical and structuralist method of procedure for better conducting the research and reaching the conjectured results. As a research technique, there is the documental bibliography due to the use of books, jurisprudence, laws and articles. It is concluded, given the above, that mediation in the inventory process favors the leading role of the parties and the resolution of the conflict in a more beneficial way for those involved.

Keywords: Alternative methods of conflict resolution; Mediation; Leading roles of the parties.

INTRODUÇÃO

O fenômeno natural da vida de todo ser humano é a morte - a pessoa deixa de existir, se tornando o que se chama no direito de "*de cuius*". Sob esse viés, a sociedade tem uma estigmatização dos efeitos que este fato pode oportunizar.

Diante dessa premissa, consoante a sistemática de algias do processo de luto em virtude da perda de um ente querido, as famílias, na maioria dos casos, também precisam enfrentar o burocrático e moroso processo de inventário judicial, em razão de discordâncias quanto à partilha da herança. O Direito das Sucessões é o ramo do Direito que estuda e orienta quanto aos direitos e obrigações que surgem da sucessão *causa mortis*. É o ramo do Direito Civil que regulamenta a forma como deverá proceder-se à destinação do patrimônio da pessoa física, após a sua morte, informando quem serão as pessoas a recolher este patrimônio.

Outrossim, o novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), impulsiona a disseminação de meios alternativos para a resolução de conflitos, porém, é nítido o desestímulo no que se compreende o Direito Sucessório.

Nessa perspectiva, este estudo tem como finalidade a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos no Direito Sucessório, em especial nos inventários e partilhas, analisando as possibilidades, demonstrando inexigibilidade de custas, e preservando o protagonismo entre a vontade dos herdeiros, utilizando uma abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo, através de procedimento bibliográfico.

O INVENTÁRIO

Com o falecimento de determinada pessoa, são chamados à sucessão os respectivos herdeiros (respeitando-se a ordem de vocação) ou legatários, ocorrendo a imediata transmissão do patrimônio do *de cuius* a seus sucessores.

Ademais, o inventário, em seu sentido etimológico, “expressa registro, rol, relação, catálogo, demonstrativo ou descrição de coisas ou atos” (RIZZARDO, 2011, p. 560).

Nesse sentido, entende-se inventário como a forma pela qual haverá a apuração dos bens do falecido, realizando-se a partilha dos bens arrecadados e nomeando esses entre os legítimos sucessores (AMORIM; OLIVEIRA, 2008).

Colhe-se dos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

No sentido específico da lei, temos a única forma de instrumentalizar a transmissão dos bens que se dá com a morte de seu titular. Compreende o conteúdo vários atos, ao cabo dos quais se dá a formalização da transmissão, e que se desenvolvem na descrição dos bens, na avaliação, liquidação e partilha entre os herdeiros e legatários, passando, também, pelo pagamento das obrigações e recolhimento dos impostos (RIZZARDO, 2011, p. 561).

Define, ainda, Orlando Gomes (2008, p. 275, grifo do autor) que “em dois sentidos emprega-se a palavra inventário: a) como o modo necessário de liquidação do acervo hereditário; b) como procedimento especial de jurisdição contenciosa no qual se descrevem e avaliam os bens do finado para dividi-los entre os herdeiros”, assimilando a primeira definição às previsões contidas no Código Civil (CC/2002) - arts. 1.991 a 2.027, e a segunda aos procedimentos tipificados no Código de Processo Civil vigente (CPC/2015) - arts. 982 a 1.045.

Nesse contexto, o inventário consiste na relação e descrição meticulosa de todos os bens deixados pelo *de cujus* quando de sua morte, é o meio pelo qual se conhece dos herdeiros e efetiva-se concretamente a transmissão da herança aos que possuem direitos, podendo ser promovido através de processo judicial, ou extrajudicial de acordo com as linhas trazidas pela Lei nº 11.441/2007, conforme aclaram Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho:

Inventário, no sentido estrito, é a relação de bens existente de uma pessoa, casal ou empresa; no direito das sucessões é o processo judicial de levantamento e apuração de bens pertencentes ao falecido, visando repartir o patrimônio entre seus herdeiros, realizando o ativo e o pagamento do passivo. O inventário era sempre judicial na redação original do art. 982 do Código de Processo Civil, ainda que todas as partes fossem capazes e concordes. A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, deu nova redação ao art. 982 do CPC e inovou ao admitir o inventário extrajudicial, lavrado por escritura pública, no tabelionato de notas, se todas as partes interessadas forem capazes, estiverem assistidas por advogado e concordes (CARVALHO; CARVALHO, 2012, p. 215).

Nessa perspectiva, conforme se denota do art. 982 do CC/2002, não há mais exclusividade do procedimento judicial para os inventários, possibilitando a realização do mesmo por meio de procedimento extrajudicial, através de escritura pública, desde

que todos os herdeiros sejam capazes e concordes, bem como não haja disposição de última vontade por testamento.

O Poder Judiciário passou a ser a porta conhecida pelos cidadãos, como sendo aquela à qual deveriam recorrer em casos de litígio, cada vez mais sendo necessária a estruturação deste poder que, aos poucos, foi se tornando uma máquina menos eficiente e economicamente inviável para solucionar questões menos complexas.

Diante deste quadro, o Judiciário brasileiro passou a dar maior ênfase aos métodos alternativos de solução de conflitos, estimulando sua implantação e utilização, sendo de destacar a Resolução n° 125 do CNJ e a Lei 13.140/2015, marcos importantes no avanço da divulgação e ampliação destes métodos.

DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

É imprescindível nesse prisma, se destacar os métodos alternativos de resolução de conflitos. É notório que recorrer ao Estado não é o único meio existente para se resolver um conflito, existem na esfera jurídica determinados meios responsáveis por assumir esse papel de forma efetiva, sendo elas a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a mediação, cada uma com sua respectivamente singularidade e aplicabilidade.

A Autotutela é a imposição da sua vontade sobre o outro, sendo, assim, a menos utilizada, nesse viés somente em casos excepcionais. Por sua vez, a autocomposição há a manifestação de vontade das partes, não obstante, não há qualquer participação de terceiros, sendo caracterizada também por três tipos: a transação, em que ambas as partes abrem mão das suas reivindicações; a renúncia na qual uma das partes renuncia ao seu direito e, por fim, a submissão, em que a parte se submete à vontade da outra.

Concomitante a isso, a Arbitragem torna possível que as partes escolham um árbitro, que seria um terceiro alheio ao Estado, para tomar uma decisão vinculante acerca do conflito.

Por sua vez, a mediação possui um mediador responsável por facilitar a resolução do conflito, trazendo tranquilidade e harmonia para as emoções de ambas as partes.

Mediação é um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a

mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões (MOORE, 1998, p.13).

Nesse sentido, cabe ressaltar que a normatização desses instrumentos foi preponderante para combater a grande carga depositada no Poder Judiciário. Observa-se o como exemplo o art. 334 do CPC/2015:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015).

Logo nota-se que, esse meio não interessa somente às partes, todavia interessa também ao Estado que visa dar fim ao conflito existente, outrossim proporcionar uma decisão justa e satisfatório.

A Mediação, como o instrumento principal no tema abordado, é entendida como um método que facilita o diálogo entre as partes, para assim conduzir melhor a situação e chegar a uma solução. Nesse viés o fato de não haver a intervenção de um terceiro faz com que as partes tenham mais autonomia em expressar seus desejos e defendê-los, criando uma espécie de democracia no processo, vindo a satisfazer os envolvidos.

Por essa lógica, a mediação é um dos instrumentos mais usados para resolução de conflitos, logo, há alguns princípios norteadores para conduzir o processo. Segundo o artigo 2º da Lei de Mediação, Lei nº 13.140/2015 os princípios são: a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e a boa fé. Por isso,

Inicialmente, é importante notar que tais princípios possuem fundamento constitucional. De fato, o preâmbulo da Constituição, refere-se ao povo brasileiro como uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I). Nas suas relações internacionais, o país rege-se pela solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII), não existindo motivos para que seja diferente no âmbito interno ou, ainda, para que haja distinção nas relações públicas e privadas (Takahashi *et al*, 2019, p.28).

Nesse âmbito, a imparcialidade dos mediadores é ponto crucial para que a mediação seja eficaz, não levando em consideração as características pessoais de cada uma das partes, tornando a decisão mais justa possível. Ademais, o diálogo entre as partes norteia o processo, para que corra de forma clara e objetiva, levando em consideração os

objetivos de cada uma das partes, a comunicação é imprescindível, a fim de acelerar a resolução do conflito de forma mais agradável.

Acerca da autonomia entre as partes, entende-se que através desse princípio é possível que as próprias partes sugiram alternativas e procedimentos para converter o conflito, através de debates e do próprio diálogo. Observa-se que, a confidencialidade trás as partes uma segurança em relação à justiça, de que serão respeitadas suas abordagens e suas singularidades, de forma a trazer mais conforto para que as partes entrem em um consenso, sempre se baseando no instituto da boa-fé.

Nesse cenário, o Direito viu-se impelido a avançar no movimento da pacificação social por caminhos alternativos como a mediação e a conciliação: um trabalho mais preventivo do que curativo. Nada melhor que o consenso das partes para evitar ou atalhar o processo. Mediante o diálogo, elas podem formular as regras que regerão o procedimento e encontrar a solução do problema antes de chegar à Justiça (Takahashi *et al*, 2019, p.10).

Diante de tal perspectiva, é notória o grande papel da mediação na atualidade, sendo necessária maior atenção ao tema, visto que ela funciona de forma efetiva e rápida, desafogando a justiça, que se acumula de processos que seriam simples de resolver através desse meio alternativo. Desse modo, traz também conhecimento a sociedade de modo que se introduza desde o início o princípio da comunicação, evitando o acionamento do Estado.

No entanto, não se nota o mesmo grau de difusão na população em geral, certamente pela concepção paternalista estatal de solução do conflito exercitada durante anos, assim considerada pela substituição da vontade das partes pela autoridade da coisa julgada. Era como se disséssemos que a solução boa e válida tivesse de passar sempre pelo crivo do Poder Judiciário. Era mais fácil pagar – sem questionamento algum – um precatório bilionário, porque estaria acobertado pela coisa julgada, do que pagar por Requisição de Pagamento de Pequeno Valor (RPV) decorrente de acordo. Muitos eventos sobre mediação e conciliação costumam ficar repletos de “convertidos”, mas quase não atingem aqueles que se pretende “converter” (Takahashi *et al*, 2019, p. 128).

É conhecido que os conflitos familiares, da comunidade, da escola, entre pessoas que convivem em um mesmo espaço, estudam, urgem de uma Mediação familiar ou comunitária e até uma Mediação escolar. Isso demonstra que a aplicação desses meios deve vir de políticas aplicadas desde o início do conflito. A Mediação tem o papel de transformar a relação desgastante em relação de solução rápida, que também funcionará como instrumento de justiça restaurativa, observada pelo mediador, que por meio do

diálogo tem por objetivo restaurar os danos causados às relações das comunidades, das famílias e das escolas, restaurando, assim, as relações feridas pelo conflito.

MEDIAÇÃO E A EFETIVIDADE DE RESPOSTAS CONSENSUAIS AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS POR MEIO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

A possibilidade de realizar o inventário de forma extrajudicial representa a intenção de desjudicialização dos atos que envolvem o processo, não sendo necessária a submissão ao Poder Judiciário, buscando soluções simplificadas, redução de custos e desburocratização de processos e procedimentos, assegurando ao cidadão maior celeridade e efetividade nos procedimentos disciplinados pelo CPC/2015, levando à compreensão de que o acesso à justiça não ocorre apenas por vias judiciais formais, especialmente quando as partes estão de acordo em assuntos não contenciosos ou meramente administrativos, como é o caso do inventário consensual.

Ainda em relação ao contexto da norma, opinou Zeno Veloso:

Não há nenhum exagero ao afirmar que a Lei nº 11.441/2007 é de extrema importância, introduziu um avanço notável, representa verdadeiro marco no direito brasileiro, porque faculta aos interessados adotar um procedimento abreviado, simplificado, fora do Poder Judiciário, sem burocracia, sem intermináveis idas e vindas. O cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar (VELOSO, 2010, p. 110).

A crise no Sistema Judiciário decorre em parte da cultura do litígio na sociedade contemporânea e de outra parte da morosidade com que tramitam os processos. Em virtude disso, o Judiciário e o Governo buscam promover transformações normativas com o objetivo de alcançar maior eficiência à prestação jurisdicional na resolução dos conflitos. Destarte, a Legislação Brasileira objetivou incentivar a mediação, a conciliação e outros meios de solução consensual de conflitos.

A respeito dessas mudanças, Humberto Theodoro Júnior se posiciona

[...] não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas disponível (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.76).

Nesse sentido, o CPC/2015 preceitua no artigo 3º, § 3º que: “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” (BRASIL,2015).

A Lei 13.140/2015 dispõe largamente sobre os recursos, e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determina a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejusc), para estimular à solução do conflito através da Conciliação, da Mediação e também por meio de práticas restaurativas.

Conforme Francisco José Cahali (2007), ao incentivar e promover outras formas de solução de conflitos o objetivo seria promover entre as partes uma adequada comunicação pela qual se encontraria a melhor forma de solução do conflito por meio de um esforço comum que restabeleceria um equilíbrio nas relações. Quanto às soluções alternativas dos conflitos, entende-se que não surgiram para tomar o lugar da jurisdição, reforça Humberto Dalla Bernardino de Pinho “O segredo, portanto, está em compreender os meios alternativos de solução de conflitos como uma soma à atividade jurisdicional, e não como uma simples subtração desta ou um método concorrente” (PINHO, 2017, p. 420).

Importante consignar que a utilização da esfera extrajudicial é uma escolha do cidadão, que continua a ter o direito de acesso ao Poder Judiciário. A desjudicialização não tem o objetivo de mitigar a via judicial, e sim manter nela litígios de alta indagação e complexidade. Os meios extrajudiciais vêm oferecer a sociedade moderna respostas adequadas, céleres e eficientes com capacidade real de evitar a formação de lides, na medida em que o acesso à justiça não se esgota no exercício do direito de ação judicial.

Com a regulamentação da Lei nº 11.441/2007, que permitiu a realização de inventário, partilhas, separação e divórcio consensual por notários, concebeu-se maior integração das Serventias Extrajudiciais com a Justiça. Oportunizou ao cidadão autonomia para realizar seus direitos, sem necessariamente ter que passar pela intervenção do Poder Judiciário e, por consequência, retirou da via judicial processos que versam sobre essa matéria.

Uma visão mais moderna do direito se fundamenta na noção de que um sistema jurídico, para ser considerado eficiente, deve contar com procedimentos, bem como instituições, que visam prevenir e resolver conflitos levando-se em consideração a real necessidade e, assim, o trabalho dos notários, em alguns de seus aspectos, se assemelham à função do mediador (SANDER, 2005, não paginado).

O conflito é algo inerente à relação humana e por outro lado, não é visto sempre como algo negativo, visto que certas pendências só conseguem ser resolvidas através da incitação de uma divergência. Por muitos anos, a paz foi sinônimo de ausência de conflitos, atualmente a paz vem da resolução destes. Nesse sentido, tem que haver o reconhecimento das diferenças e identificar os interesses individuais e coletivos de cada uma das partes.

Os valores continuam intrínsecos na sociedade, e é possível enxergar que eles se renovaram com os novos procedimentos adotados pelo direito se tratando do ao acesso à justiça. Através do estudo da estruturação jurídica, é imprescindível a efetivação da atuação jurídica multidisciplinar, não somente a figura Estatal como único meio de solucionar questões e trazer segurança às partes.

Diante do exposto, no que cerne o inventário extrajudicial, é uma opção eficiente e que proporciona a família uma espécie de aconchego, visto que não enfrentarão a burocracia judicial e assim terão tempo necessário para enfrentar o luto natural de perder um ente da família. Nota-se que estas alternativas ainda estão se inserindo no ramo do direito. Por isso, cabe aos advogados observarem elo entre o conhecimento e a melhor solução. Esses têm o dever de apresentar tais estratégias à família, pontuando seus benefícios como a maior celeridade no processo, a economia e o menor impacto causado à família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evoluiu de forma que, passa-se de um conflito formado de lutas, sangue e violência, para conflitos por ideias divergentes, sendo assim, são conflitos que, em tese, seriam mais fáceis de resolver. Todavia, a sociedade evoluiu, mas, alguns aspectos ainda continuaram vivos. A saga pela busca da razão, atrelado à necessidade de vencer; a sensação de poder, e o dever de guerrear pelos seus interesses, faz com que a resolução de tais conflitos não sejam tão simples como o esperado.

A Mediação, sendo um método repleto de virtudes e que está de sempre à disposição da sociedade, carece de mais participação interdisciplinar no sistema judicial. Os conhecimentos científicos extraídos desse método que destaca a comunicação, a psicologia em face dos indivíduos, relata uma parte que é deixada de lado, quando se fala em conflito: a parte pacífica humana. Apesar da sede pela resolução, por obter vantagem

e ter seus interesses defendidos, as partes durante a mediação são convidadas a trocar de lado, para abandonar o seu estigma e se juntarem para chegar a uma conclusão benéfica e justa a ambas.

Embora o tema central esteja situado no campo do Direito, é necessário destacar a importância dos aspectos psicológicos, sociológicos e econômicos que suscitam os conflitos, haja vista que o protagonismo pertence aos conflitantes e não ao Judiciário. Em um conflito, há uma disputa que costuma ser caracterizada por duas partes como adversárias, ou inimigas, porém, não é o que se espera de uma relação familiar.

Diante do exposto, através das leis que regulamentam os meios alternativos de resolução de conflito, é possível a aplicação desse meio no âmbito do direito sucessório.

Faz-se necessário que a sociedade se aprofunde no conhecimento desses meios, a fim de evitar a morosidade do processo no Estado.

Nota-se que, o fato de o Estado exercer uma postura burocrática em relação à solução do conflito, faz com que as partes se desgastem mais ainda durante o processo. A necessidade de inserir esse método se dá na forma eficaz de diminuir os danos causados às partes, ainda levando em consideração a situação de conflito, no qual envolve pessoas que têm um vínculo e que buscam acima de tudo, preservar a afetividade, visto que o conflito sucessório em que envolve herdeiros é necessário ter cautela e harmonia, utilizando o método mais adequado para compreensão das vontades, preservação dos valores e resolução do conflito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 19. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 de set. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 18 de set. 2022.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões: inventário e partilha.** 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161-205.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 7. ISBN 9788553605859. E-book.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes et al. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3. ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-8811-1. E-book.

LUDGERIO, Lenon Alves. **Inventário Extrajudicial: controle, fiscalização e publicidade.** Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6674/1/109587_Lenon.pdf. Acesso em: 18 de set. 2022.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos / trad. Magda FranC\$a Lopes.** 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZARROBA, Orides. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo.** 7 ed. São Paulo: saraiva, 2017.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O Direito das Sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional.** 2019. 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/31687>. Acesso em: 01 de nov. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2018. 100 p. ISBN 978-85-5479-032-5. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/40368077/Media%C3%A7%C3%A3o_no_direito_familista_e_sucess%C3%B3rio?from=cover_page. Acesso em: 29 de set. 2022.

SANDER, T. **O Notário como Instrumento de Mediação do Direito e como Agente da Paz Social**. 2005. Não paginado. Artigo Científico. Boletim jurídico. Uberaba, Minas Gerais, 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-notarial-e-registral/663/o-notario-com-o-instrumento-mediacao-direito-como-agente-paz-social>. Acesso: 30 de set. 2022.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Processo Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol.1. 58. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 451. P. ISBN 978-85-309-7733-7. E-book.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FASHION LAW: UMA ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA INDÚSTRIA DA MODA

FASHION LAW: AN ANALYSIS OF THE PROBLEM OF CONTEMPORARY
SLAVE LABOR IN THE FASHION INDUSTRY

Ana Júlia Saldanha Caldas

anajucaldas@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/8134713167462032>

José Adécio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Luiz Gustavo Ferreira Duarte

luizgustavoduarteavg@outlook.com

<http://lattes.cnpq.br/9010633049663013>

Sarah Letícia Silva Pinheiro

sarahleticiasr@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/1537610334109964>

RESUMO: A indústria da moda é de suma relevância para economia e conta com uma grande cadeia produtiva. Apesar de sua importância, o desenvolvimento da indústria da moda e de seus processos produtivos geraram também consequências negativas para a sociedade, como desrespeito à propriedade intelectual, problemas ambientais, infrações às normas laborais. A área de estudo denominada *Fashion Law* preocupa-se em estudar a relação entre a indústria da moda e o direito. Assim, o presente trabalho busca adentrar nos estudos do *Fashion Law* para tratar do trabalho análogo ao escravo contemporâneo na indústria da moda. Para tanto, optou-se pelo método dedutivo através da forma exploratória, utilizando de pesquisa bibliográfica, por revisão de literatura, artigos, legislações. O ordenamento jurídico brasileiro assegura os direitos trabalhista, por isso proíbe e pune as práticas que violam os direitos fundamentais dos trabalhadores. O trabalho análogo à escravidão é um tipo penal previsto no artigo 149 do Código Penal. Com base na definição deste artigo verifica-se números significativos de casos de trabalho análogo ao escravo na indústria da moda geralmente associados à terceirização e à imigração. Este fato é verificado em diferentes países e está ligado ao sistema *Fast Fashion*. Considerando o tamanho da indústria da moda e os direitos que são desrespeitados ao longo dos seus processos de produção, atentar-se aos casos de trabalho análogo à escravidão é fundamental para garantia da dignidade da pessoa humana e do efetivo cumprimento das normas.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Penal. Fashion Law. Trabalho análogo ao escravo.

ABSTRACT: The fashion industry is very important for the economy and it has a large production chain. Despite its importance, the development of the fashion industry and its production processes also generated negative consequences for society, such as disrespect

for intellectual property, environmental problems, violations of labor standards. The study area called *Fashion Law* is concerned with studying the relationship between the fashion industry and law. Thus, the present work seeks to get in into *Fashion Law* studies to deal with contemporary slave labor in the fashion industry. Therefore, it was decided for the deductive method through exploratory form, using bibliographical research, literature review, articles, law. The Brazilian legal system guarantees labor rights, which it is why it prohibits and punishes practices that violate the fundamental rights of workers. Work similar to slavery is a criminal offense provided in the Article 149 of the Criminal Code. Based on the definition in this article, there are significant numbers of cases of work similar to slavery in the fashion industry, which are generally associated with outsourcing and immigration. This fact is verified in different countries and it is linked to the *Fast Fashion* system. Considering the size of the fashion industry and the rights that are disrespected throughout its production processes, paying attention to cases of work similar to slavery is essential to guarantee the dignity of the human person and the effective compliance with the rules.

Keywords: Labor Law. Criminal Law. Fashion Law. Labor similar to slavery.

INTRODUÇÃO

No estudo aqui presente, será realizada uma análise problemática a respeito do *Fashion Law* e sua importância para verificação do trabalho escravo contemporâneo existente na indústria da moda. O *Fashion Law* surgiu como um movimento no setor da moda para que as mais variadas peculiaridades do segmento pudessem ser resguardadas com a criação de métodos de proteção e diversas áreas do direito, dentre elas o Direito do Trabalho, o Tributário e o Penal.

Sob o prisma do Direito da Moda e da globalização, verifica-se que em meados da década de 1970 a forma de produzir roupas mudou completamente, passando a visar mais lucro com roupas baratas produzidas em maior escala e em menos tempo, surgindo com isso o *Fast Fashion* (ZANFER, 2021). Através da amplitude das redes sociais, essa tendência continuou a crescer, tornando o ciclo de vida do produto ainda mais curto. No entanto, esse sistema de produção se consolidou por meio do desrespeito a Direitos Fundamentais, de forma que a moda é a segunda em categoria de exportação que mais explora o trabalho forçado (ZANFER, 2021).

Com o *Fast Fashion* ganhando cada vez mais evidência, as quantidades de peças produzidas são cada vez maiores, de modo que o seu descarte também é feito em grande escala. Tal contexto corrobora para a proliferação da mão de obra análoga à de escravo, afetando sobretudo os países que promovem a mão de obra terceirizada abundante, na qual a maior parte dos afetados são mulheres ou imigrantes, de acordo os estudos do *The*

Global Slavery Index 2018, da fundação *Walk Free*, criada para buscar informações e gerar dados sobre a escravidão moderna. Esse fenômeno ocorre, pois, a indústria têxtil é extremamente dependente da mão de obra, o que costuma ser um dos maiores custos dessas empresas. Nessa conjuntura, são muitas as empresas que optam por terceirizar a mão de obra, fazendo com que ocorra uma precarização do trabalho (FILGUEIRAS, 2014).

São diversos os fatores que fazem com que a terceirização dos serviços ocorra, sobretudo a redução dos custos, devido dificuldades em identificar o empregador e por não haver vínculo com a empresa principal. Em geral, verifica-se um ambiente de trabalho precário com salários abaixo do mínimo legal. Ademais, o imediatismo do atual modelo industrial exige que a tomadora do serviço busque cumprir prazos rapidamente e supere positivamente o seu desempenho. Consequentemente, o trabalhador terceirizado é atingido, pois deve atender a essas expectativas, sacrificando o seu tempo de descanso e qualidade de vida, tendo em vista que ganham proporcionalmente ao que produzem.

Logo, percebe-se que o estudo desse tema é de grande importância para o direito, considerando que o fundamento basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é a Dignidade da Pessoa Humana, prevista em seu artigo 1º, inciso III, que visa a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. Outrossim, o Brasil é país signatário dos Direitos Humanos, justificando a atenção do direito à temática – direitos estes universais e inalienáveis –, que diz em seu artigo 4º “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Será verificado através deste estudo a problemática do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda, temática que se mostra relevante na conjuntura atual da sociedade. O artigo também tem como objetivo conscientizar sobre o processo que permeia o consumismo do sistema *Fast Fashion*, fazendo jus à interdisciplinaridade do *Fashion Law*. Dessa maneira, será possível averiguar o verdadeiro custo da moda e seus diversos impactos no meio jurídico, econômico e social, ao promover uma análise do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda. Para tanto, adotou-se o método dedutivo através da forma exploratória, utilizando de pesquisa bibliográfica, por revisão de literatura, artigos, legislações, reportagens jornalísticas e dados estatísticos.

O DIREITO E A INDÚSTRIA DA MODA

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves o direito é entendido como “o conjunto de regras com que se disciplina a vida em sociedade” (GONÇALVES, 2020, p.18). Uma vez que disciplina a vida em sociedade e esta é dinâmica é de se esperar que o direito sofra alterações conforme novas concepções e realidades são introduzidas, preocupando-se em disciplinar determinadas questões conforme as necessidades da sociedade são apresentadas.

A moda, por sua vez, vem do latim *modus* e pode ser compreendida “como a mudança periódica no estilo. Isto é, um incansável abandono do passado e da tradição para encontrar o novo, um instrumento de diferenciação e de reconhecimento de identidade” (SOUZA, 2020, p. 9). A indústria da moda é ampla, compreende os setores de vestuário, calçados, joias, beleza entre outros. Sua interferência no cotidiano da sociedade é significativa, visto que a sua cadeia produtiva impacta a economia, aspectos ambientais e escolhas individuais. Dessa forma, não há como distanciar o direito da indústria da moda.

Fashion Law pode ser traduzido como o Direito da Moda, trata-se do campo de estudo que se preocupa com a intersecção entre Direito e Moda. Seu desenvolvimento é recente e atribuído a advogada americana Susan Scafidi. Ocupava-se inicialmente com a propriedade intelectual, mas foi ampliado, passando a tratar também de outras problemáticas.

Explica Souza que:

O interesse de Scafidi por esse estudo não tradicional surgiu com a sua percepção quanto à necessidade de reformulação da legislação estadunidense em relação a proteção das criações de moda, tendo em vista que naquele ordenamento os *designs* têxteis e de vestuário são considerados utilitários e, portanto, no entendimento da autora, não passíveis de adequada proteção intelectual.

Neste sentido e fazendo importante contraponto, descreve Scafidi que, enquanto um falsificador que se dedica à reprodução não autorizada de marcas registradas corre o risco de responder judicialmente e de sofrer sanções civis e criminais, aquele que copia todos as características de uma peça de roupa, com exceção da etiqueta com a marca, está diante de uma prática comercial legal. Ou seja, cria-se uma brecha para os falsificadores (SOUZA, 2020, p. 17-18).

O *Fashion Law* foi sendo desenvolvido sem possuir um regramento específico e ligado a diversas temáticas e áreas do direito, como Propriedade Intelectual, Direito do

Trabalho, Direito Tributário, Direito Penal. Assim, o Direito da Moda atenta-se a todas aquelas questões que podem surgir ao longo da vida de uma peça de roupa, isto é, atenta-se as questões que envolvem a pré-produção, a produção, o consumo e o eventual descarte de uma roupa.

O vestir-se perpassa por diferentes aspectos, por um lado é uma necessidade, como para proteção do frio, por outro lado é uma forma de expressão, permitindo extrair da roupa o retrato de seu tempo. Esclarece Varizo que:

a origem da Moda se deu há milênios e como todo processo, possuiu sua evolução, aprimoramento e desenvolvimento ao longo dos anos, acompanhando sempre as mudanças ocorridas nas sociedades, estando sempre em consonância com o *zeitgeist*, palavra alemã introduzida por Johann Gottfried Herder (2013) e outros escritores românticos alemães que significa espírito de época, espírito do tempo ou sinal dos tempos ‘conjunto do clima intelectual e cultural do mundo, numa certa época, ou as características genéricas de um determinado período de tempo (HERDER, 2013 *apud* VARIZO, 2019, p. 16).

Nesse sentido, as mudanças na produção de roupas estão atreladas à industrialização, saindo de uma produção manual e restrita para a uma produção majoritariamente industrial, em larga escala e com menores custos. As alterações na produção mudaram os hábitos de consumo, consolidando o modelo de negócio das *Fast Fashion*. O sistema *Fast Fashion* é caracterizado pela alta rotatividade de produtos, motivo pelo qual busca incentivar o consumo por meio do barateamento de seus produtos que é feito por posturas questionáveis, tais como materiais mais baratos, grandes descartes, exploração de mão de obra (ZANFER, 2021).

No Brasil, a indústria da moda tem grande relevância na economia. Considerando o setor têxtil e de confecções, o país reúne todas as etapas da cadeia produtiva, além de possuir um grande mercado consumidor. No entanto, a indústria da moda apresenta problemas ao longo de sua cadeia produtiva, dos quais destaca-se a significativa incidência de trabalhos análogos à escravidão.

A ESCRAVIDÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DAS SOCIEDADES

“Desde que o homem é reduzido à condição de coisa, sujeito ao poder e domínio ou propriedade de um outro, é havido por morto, privado de todos os direitos, e não tem representação alguma” (MALHEIROS, 1866, pg.13). A escravidão transforma um ser humano em propriedade, anulando seu próprio poder deliberativo. Logo, é a prática social

em que um ser humano adquire direitos de propriedade sobre outro denominado por escravo, ao qual é imposta tal condição por meio da força (MTE, 2011).

No Brasil, a escravidão ocorreu desde o início do século XVI, com a colonização portuguesa, até o final do século XIX, com a exploração de mão de obra de índios e negros trazidos do continente africano pelos portugueses em suas embarcações. Sendo o destino preferido para o comércio de escravos, o Brasil impulsionou o tráfico negreiro, sobretudo na produção de açúcar, artesanatos, fumo e cereais (LIBBY, PAIVA, 2012).

Recepcionados pelo tratamento negativo, eles detinham de rotinas excessivas, condições climáticas extremas, alimentação precária e vestimentas resumidas a trapos. Ao fim do dia, se recolhiam em senzalas, locais sem iluminação, úmidos e com péssima higiene, além do fato de serem acorrentados para que não pudessem fugir. Em caso de descumprimento de alguma determinação recebiam castigos físicos, eram torturados e veemente repreendidos quando manifestavam sua religião africana (FREYRE, 1933).

Silva (2014) pontua que:

A despeito de se desconhecer a origem da escravidão, sabe-se que ela permeia o desenvolvimento da sociedade humana ao longo de sua história. O seu desenvolvimento ocorreu de muitas formas diferentes e em diversos lugares do mundo. Destaca-se, nesse ínterim, a escravização do negro africano, a partir do século XV, que subsidiou o sistema escravagista do Brasil Colonial. Em terras brasileiras, pelo menos em teoria, o trabalho escravo existiu até meados do século XIX, quando foi assinada a Lei Imperial n. 3.353/1888, conhecida como Lei Áurea. Evidencia-se, contudo, a existência na atualidade de formas de trabalho análogas à escravidão, em que pessoas são identificadas sob um regime de exploração que lhes usurpa os direitos, tanto humanos quanto sociais, e as liberdades, tanto individuais quanto coletivas. A análise e comparação de características como: as formas de aliciamento e de transporte do escravo, os mecanismos de aprisionamento físico e psicológico do indivíduo ao sistema exploratório, o ambiente de trabalho, além das sanções aplicadas e do valor do trabalhador para o seu patrão ou proprietário, permite qualificar o atual sistema de exploração escravista como mais degradante para o ser humano do que a sua versão colonial. Isso porque, no modelo antigo, o escravo era, pelo menos, visto como uma propriedade do seu senhor, cuja perda gerava prejuízo. Além disso, o indivíduo e o próprio sistema escravocrata da época eram socialmente percebidos, o que, por vezes, propiciava o surgimento de movimentos abolicionistas. Já o seu paralelo contemporâneo não é socialmente reconhecido, existindo à margem da sociedade e das leis. E o combate à sua exploração limita-se à atuação de alguns órgãos estatais e de organismos não governamentais. Além disso, a pessoa submetida a esse sistema, por vezes, desconhece a sua própria condição e acredita que existe um contrato, ao menos moral, entre ela e o tomador do serviço, que a obriga a cumprir o seu trabalho até a quitação dos débitos involuntariamente contraídos. Essa é a realidade da atual escravidão brasileira: degradante, ilegal e imoral, guiada, única e exclusivamente, por uma busca inescrupulosa pelo lucro (SILVA, 2014, p 74).

A escravidão no Brasil perdurou por mais de três séculos e foram milhões de pessoas exploradas durante esse período. Vergonhosamente o Brasil foi o último país da América a acabar com a escravidão. Somente com a adoção dos ideais do liberalismo e do iluminismo, que a escravidão passou a ser criticada e severamente questionada. Os liberais achavam que a privação da liberdade não combinava com a nova etapa do capitalismo industrial. Devido a várias pressões, em 13 de maio de 1888, foi aprovada pelo Senado e assinada pela Princesa Isabel, a Lei Áurea (BRASIL, 1888).

Livres e entregues à própria sorte, a falta de planejamento para libertação dos escravos, culminou com essas pessoas sem saberem exatamente o que fariam com sua liberdade, formando um continente de indivíduos sem trabalho e sem qualificação.

A obrigação de toda sociedade civilizada é combater o trabalho escravo que de certa forma, se relaciona, de modo direto com o direito à liberdade presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em tese, desprende-se que o processo escravagista no Brasil se exauriu, tornando-se ilegal essa prática, no entanto, esta ainda se perpetua até a modernidade, passando por modificações e evoluções no decorrer do tempo, desenvolvendo-se e assumindo uma nova faceta, o que hoje denominamos de trabalho análogo ao de escravo.

A Portaria nº 1.293, de 28 de dezembro de 2017, dispõe sobre os conceitos de trabalho em condições análogas à de escravos tais como explicitados nos seguintes artigos: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; cerceamento do uso de qualquer meio de transporte; manutenção de vigilância ostensiva; entre outros. Esclarecendo e conceituando o trabalho análogo a escravidão essa portaria ampliou a possibilidade de análise das condições análogas ao escravo.

Considera-se trabalho análogo à escravidão todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para qual ela não tiver se oferecido espontaneamente, além de trabalhadores em condições degradantes de trabalho, o cerceamento da liberdade e outras violações do direito humano. O que diferencia o trabalho escravo ao trabalho análogo ao de escravo é o fato de que no caso do trabalho escravo, o trabalhador é o próprio objeto, ele possui um dono que define sobre todos os aspectos da sua vida, inclusive como se usufrui livremente sobre ela. Segundo Jairo Lins de Albuquerque Sento- Sé:

[...] trabalho escravo é aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador (SENTO-SÉ, 2001, p. 27).

De acordo com José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2014), podemos definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade. Repetimos, de forma mais clara, ainda: é a dignidade da pessoa humana que é violada, principalmente, quando da redução do trabalhador à condição análoga à de escravo. Tanto no trabalho forçado, como no trabalho em condições degradantes, o que se faz é negar ao homem direitos básicos que o distinguem dos demais seres vivos; o que se faz é objetificá-lo; dar-lhe preço, e o menor possível.

Atualmente, no trabalho análogo à escravidão, uma legião de trabalhadores vende sua força de trabalho por preços irrisórios e em condições precárias. Não é mais o ser humano que é considerado como mercadoria, mas a força do seu trabalho. Fazendo emergir o trabalho escravo contemporâneo, que se estrutura através da vulnerabilidade socioeconômica, o aliciamento e a imigração. Essa violação do trabalho escravo contemporâneo não é só uma violação trabalhista, nem tão pouco se trata da escravidão do período colonial, ela não prende mais o indivíduo a correntes, contudo compreende outros mecanismos, que acometem a dignidade e a liberdade do trabalhador e o mantêm submisso a uma situação de extrema exploração.

Paralelamente ao conceito de trabalho análogo a escravidão, o trabalho forçado também integra as formas contemporâneas de escravidão. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) descreve, em sua convenção n. 29 de 1930, o trabalho forçado ou compulsório como todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de uma sanção e para o qual a pessoa não se ofereceu espontaneamente. Seu conceito é vasto e abrange inúmeras práticas coercitivas de trabalho, que ocorrem em todos os tipos de atividades econômicas e em todas as partes do mundo. A maioria das situações de trabalho escravo ou tráfico de pessoas é, contudo, abrangida pela definição de trabalho forçado da OIT. Já que ele se refere tanto a situações em que as pessoas são coagidas a trabalhar com

uso da violência ou intimidação, quanto por meios mais sutis, como a servidão por dívidas, retenção de documentos ou ameaças de denúncias as autoridades de imigração.

OS DESDOBRAMENTOS DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NA INDÚSTRIA DA MODA

Partindo da ideia contemporânea de escravidão já explicitada em exposições anteriores e da evolução da indústria da moda, será abordado aqui, o elo existente entre essas, e os principais envolvidos: a terceirização e a imigração que concretizam a escravidão contemporânea. Segundo dados da Associação Brasileira da Indústria Têxtil de Confecção (ABIT) o ramo da moda é a segunda indústria que mais gera empregos no Brasil. Por outro lado, de acordo com o “*The Global Slavery Index*” da fundação *Walk Free*, estudos demonstraram que a moda é o segundo maior setor que usa do trabalho escravo, no mundo, e grande parte desses explorados corresponde a mulheres, com 71% dos dados. Deixando evidente que um dos pilares de sustentação dessa indústria é a exploração do trabalho indigno (BRITO FILHO,2014).

O *Fast Fashion*, modelo inovador que veio com a promessa de democratizar o mundo da moda, com roupas mais baratas e produzidas em tempo recorde e em larga escala, reproduz o que se consome nas marcas renomadas e expande versões de qualidade inferior. O sistema *Fast Fashion* tem assídua colaboração no encurtamento do ciclo de vida do produto, na obsolescência programada. Assim,

Além da sensação de que os produtos que acabaram de ser lançados são mais atualizados que os adquiridos anteriormente. Do ponto de vista social, como não há garantia de volume de produção de roupas, as empresas prestadoras desse tipo de serviço mantêm um número reduzido de funcionários contratados e, quando a demanda pela produção aumenta, ocorre a quarterização e até a quinterização do serviço, sendo que nestes dois últimos casos o processo ocorre de forma informal e com preços ainda mais reduzidos (ZANFER,2021).

Nesse ambiente de exploração do trabalho, a mão de obra análoga à escravidão se prolifera. Alguns dos principais focos de trabalho escravo estão na China, Bangladesh e Camboja, mas também em países da América. A exemplo disso pode ser citada a loja *e-commerce* chinesa *Shein*, que não dá detalhes sobre os locais e condições de manufatura das suas produções.

Em 2011, a Zara admitiu em depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Trabalho Escravo da Assembleia Legislativa de São Paulo que uma empresa

terceirizada de confecção realizava trabalho escravo e que não havia monitoramento dos fornecedores (OJEDA, 2014).

Com a difusão da indústria têxtil, tendo como objetivo, atender os padrões sociais e anseios econômicos, acelerando incrivelmente, a produção de costura e conseqüentemente a mão de obra. Sendo assim, existe o aumento da concorrência, por outro lado, para os trabalhadores não existe valorização. As grandes empresas, sempre em busca de obter altos lucros, contratam confecções para terceirizar a mão de obra na fabricação das peças, com baixo custo de produção. A prática da terceirização é corriqueira no mundo da moda, desde grandes marcas até pequenos empresários.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2014), a terceirização insere o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. Ou seja, o empregado não possui vínculo com o tomador do serviço, mas com um terceiro que faz a relação entre eles, uma empresa delega uma função para outra realizar.

Nessa cadeia produtiva não são raras as confecções terceirizadas que utilizam a mão de obra análoga à escravidão. Espalhadas por todos os cantos, as confecções podem funcionar de maneiras diversas. Uma das práticas mais comuns é que essas confecções “clandestinas” estejam em locais de pouco acesso, sem identificação, com espaços físicos reduzidos, sem qualquer abertura (como janelas), com ligações elétricas irregulares e, quase sempre, funcionando como espaço de trabalho e moradia para seus funcionários.

Em setembro de 2017, dez bolivianos foram resgatados por fiscais federais em três oficinas que produziam roupas de grife. Eles trabalhavam mais de 12 horas por dia em oficinas precárias da capital paulista, ganhando em média R\$ 5 para costurar peças das marcas de luxo *Animale* e *A.Brand* vendidas por valores até 120 vezes superiores (LAPORTA, 2017).

Os costureiros subcontratados trabalhavam no mesmo local onde dormiam, dividindo o espaço com baratas e instalações elétricas que ofereciam risco de incêndio. Além dos trabalhadores, cinco crianças moravam nos locais e brincavam em meio as máquinas e rolos de tecido. As grifes pertencem ao Grupo Soma, que também responde por outras cinco marcas: *Fábula*, *Farm*, *Foxton*, *FYI* e *Más Animale* (LAPORTA, 2017).

Nesse sentido devemos elencar que a tomadora de serviço deve se atentar as suas contratações, fiscalizar o local, verificar as condições de trabalho e a capacidade produtiva dos funcionários, se estão reguladas, bem como a de suas terceirizadas, já que

quem terceiriza possui responsabilidade subsidiária conforme a Lei nº 6.019/74, no que tange os direitos trabalhistas. Já que quando realizada visando apenas a celeridade e o lucro do negócio, o que se atinge é justamente as violações trabalhistas, pois além de trabalhadores não qualificados para o serviço, há impactos na produção, na qualidade do serviço e desempenho.

O imediatismo desse modelo industrial exige que a tomadora do serviço busque cumprir prazos rapidamente e supere positivamente o seu desempenho. Isto atinge o trabalhador terceirizado que deve atender a essas expectativas, sacrificando o seu tempo de descanso, afinal, o que estes trabalhadores ganham dependem exclusivamente da sua produção. Quanto mais produzir, mais ganha, ainda que seja um mísero valor.

Assim, como constatou o canal de investigação britânico *Chanel 4*, que enviou um dos seus funcionários disfarçado para um galpão de costura da *Shein* em Panyu na China, e chegando lá ele se deparou com funcionários que trabalham com uma jornada excessiva, com apenas uma folga semanal e ganhando aproximadamente R\$ 0,20 centavos por peça produzida (ESTEVÃO, 2022). No Brasil há um grande número de imigrantes latino-americanos, principalmente bolivianos, venezuelanos e demais estrangeiros que chegam em busca de uma condição de vida melhor e acabam caindo nas garras de aliciadores, culminando em trabalhar dezenas de horas diárias, não possuindo direito a folga e, ainda, recebem salários baixíssimos (FREITAS, 2013).

Tendo em vista a dificuldade dessas pessoas de encontrarem empregos formais, normalmente se condicionam a trabalhos desgastantes e deploráveis para manterem a si e suas famílias, culminado com o processo de terceirização nas confecções, este ramo de atividade apresenta grandes índices de estrangeiros trabalhando, principalmente bolivianos. Com relação ao trabalho desses indivíduos, é exigido que estejam legalmente autorizados a isso, não basta aquela primeira autorização de entrada no país. A proteção do trabalhador estrangeiro se encontra internacionalmente no preâmbulo da OIT com a seguinte redação:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, [...] à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro [...] (OIT, 1948, p.02).

O trabalhador imigrante é utilizado como mão de obra barata, principalmente àqueles que se encontram no país de maneira ilegal, condição que permeia espaço para o trabalho escravo. Visto que, estes trabalhadores subordinam as condições em razão da esperança de com o trabalho, conseguir uma melhor qualidade de vida e de sua família.

Consequentemente, estes indivíduos não conseguem se inserir no que o ordenamento jurídico propõe, já que inúmeros desses trabalhadores estrangeiros foram aliciados em seus países de origem com falsas promessas de emprego, ou que vivem isoladamente no próprio local de trabalho e em condições degradantes, sem parentes no país em que passaram a residir e, em relação ao Brasil, desconhecendo a língua e a legislação brasileira. A indústria de confecções é atrativa para estas pessoas, pois há a promessa de bons salários, alojamentos e comidas grátis, o que relativamente ocorre, contudo em péssimas condições, os deixando em situação de abandono, miséria e vulnerabilidade.

É notório dizer que o setor têxtil se beneficia com a exploração de mão de obra em condições análogas à de escravo, tirando proveito da extensa cadeia produtiva da moda e da adoção habitual de terceirização dos serviços de confecção. Ainda que haja previsão de crime no artigo 149 do Código Penal, o problema decorre da morosidade na justiça brasileira na efetiva aplicabilidade da lei em situações práticas, o que contribui para a prescrição do crime. Devido a essa questão, algo que em termos práticos surtiria um maior efeito seria impetrar uma ação civil pública cumulada com dano moral, lesão a interesse coletivo (dano moral coletivo) para que houvesse uma efetiva responsabilização (ROSSI, 2020).

Em consequência do desastre do *Rana Plaza* em Bangladesh, o qual deixou 1.133 mortos e 2.500 feridos, em sua maioria funcionários de fábricas de vestuário exercendo atividades correspondentes à escravidão contemporânea (ROSSI, 2020). Surgiu o movimento *Fashion Revolution*. Movimento que surgiu com a iniciativa de criação através de um Conselho Global de importantes nomes do ramo da indústria da moda sustentável, os quais buscavam conscientizar a população mundial sobre o real custo da moda e seu impacto sobre o ser humano e no meio ambiente ao longo do processo produtivo e do consumo.

E devido a esse movimento, eis que surge o Índice de Transparência da Moda, que se tornou uma ferramenta de auxílio nesse combate. Esse índice existe no mundo desde 2016, e somente chegou ao Brasil em 2018 para revisar e classificar 20 das maiores marcas que operam no país. Para reforçar sua

relevância como um dos principais atores do setor, o Brasil é o primeiro país a ter uma edição nacional desse índice, o que ressalta a importância da necessidade de se aprofundar as discussões sobre a importância da transparência para haver melhores práticas dentro do setor da moda nacional (CASTRO, 2019, p.81).

Por último, faz-se necessário frisar que em janeiro de 2019, o Presidente da República Jair Bolsonaro extinguiu o Ministério do Trabalho e o juntou com o da Economia, ficando concentrado no mesmo local fiscal da Receita Federal e do Trabalho, não havendo mais liberdade para realizar tais diligências, estando atualmente paralisadas essas fiscalizações, não havendo meios ou condições para dar prosseguimento a esse combate (SENADO, 2021).

Ainda que atitudes já tenham sido tomadas por parte do governo brasileiro para promover o combate e a consequente erradicação do trabalho análogo à escravidão, esse processo de fiscalização, constatação, autuação, repressão e de prevenção deve e precisa ser aprimorado para que no futuro consiga-se atingir o resultado pretendido. O que se torna notório é que mesmo havendo a assinatura da Lei Áurea, documento que, em teoria, teria oficializado o fim da escravidão no país, esta prática conseguiu resistir ao transcurso temporal e ainda se mantém viva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo exposto neste artigo é notório perceber a relevância do tema, tendo em vista o afrontamento que ele representa para a CRFB/1988, que possui a dignidade da pessoa humana como base de seus princípios e anseios. O trabalho análogo à escravidão é grave e se torna cada vez mais abundante ao observar o mundo globalizado, pois com a moda cada vez mais volátil, é indiscutível que o consumismo aumente e dê continuidade ao sistema de escravidão que faz de pessoas vulneráveis econômica e socialmente seus reféns.

No aspecto do consumismo e do sistema *Fast Fashion*, verifica-se diversos impactos no meio jurídico, econômico e social, promovendo uma problematização do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda. Isto pois, conforme já analisado, as mudanças na produção de roupas estão atreladas a industrialização, saindo de uma produção manual e restrita para a uma produção industrial, em larga escala e com menores custos. É fato que o setor da moda depende amplamente da mão de obra, elemento que pode vir a encarecer a cadeia de produção. No entanto a indústria têxtil apresenta

problemas ao longo de sua cadeia produtiva, com larga incidência de trabalhos análogos à escravidão, como por exemplo: o trabalho forçado, a jornada exaustiva, as condições degradantes de trabalho, dentre outros.

Dentre os principais fatores que corroboram para a escravidão contemporânea estão: a terceirização e a imigração. Conforme já visto, estudos do *The Global Slavery Index 2018*, da fundação *Walk Free*, comprovam que a moda é o 2º maior setor que usa do trabalho escravo, no mundo, e grande parte desses explorados corresponde a mulheres, com 71%. Ademais, explorou-se que o trabalhador imigrante é utilizado como mão de obra barata, sobretudo àqueles que se encontram no país de maneira ilegal, condição que abre espaço para o trabalho escravo. Consequentemente, a dificuldade de inserir esses indivíduos no ordenamento jurídico propicia a vulnerabilidade e o aliciamento que ocorre desde às falsas promessas de emprego, desconhecimento do idioma e até mesmo dos direitos que lhe são garantidos, gerando uma banalização dos direitos humanos cada vez mais frequente e preocupante.

Conclui-se, portanto, que o trabalho escravo contemporâneo ultrapassa a uma violação trabalhista, tendo em vista que acomete a dignidade e a liberdade do trabalhador e o mantém submisso a uma situação de extrema exploração, configurando um tipo penal. Tal fato é um ataque direto aos direitos humanos e também daqueles vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso autoriza pensar o quão falho é a fiscalização no que diz respeito às minorias social e economicamente vulneráveis, que acabam por ter seus direitos cerceados por uma quantia que não é nem sequer dentro dos padrões mínimos aceitáveis. Nesse contexto se faz cada vez mais necessário agir contra o sistema que programa o ser humano a consumir de forma desenfreada. Ter conhecimento da cadeia produtiva de um produto é indispensável para o cumprimento do papel efetivo da cidadania, afinal, combater a escravidão, seja ela qual for, é um dever de todos. Nada obstante, é possível constatar a necessidade de aprimorar as ferramentas de investigação, além de conscientizar a sociedade sobre essa problemática e punir quem pratica este delito para que se diminua o número de trabalhadores nesta condição.

REFERÊNCIAS

ABIT Têxtil e Confeção. **Perfil do setor**. 2018. Disponível em: <https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>. Acesso em: 04 de out. 2022.

ALMEIDA, Amanda Reis. **O trabalho escravo contemporâneo nas indústrias de confecções da moda brasileira.** Disponível em:
<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/13419/1/amandareisdealmeida.pdf>. Acesso em: 25 de out. 2022.

ALMEIDA, Orlando José de; PAULA, Luana Otoni de. **Fashion law e direitos humanos.** Migalhas, 2019. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/288311/fashion-law-e-direitos-humanos>. Acesso em 25 de out. 2022.

BRAGA, Cristiano Prestes. **O que é fashion law.** JusBrasil, 2021. Disponível em:
<https://cpbraga.jusbrasil.com.br/artigos/757792790/o-que-e-fashion-law>. Acesso em: 25 de out. 2022.

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

BRASIL. **Portaria nº 1.293, de 28 de dezembro de 2017.** Disponível em:
https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1293_17.html. Acesso: 25 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.019, De 3 De Janeiro De 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm Acesso: 25 de out. 2022

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 12 de dez. 2022.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo:** caracterização jurídica dos modos típicos de execução. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 41-56, jun. 2014. ISSN 2236-6334. Disponível em:
<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1714/2135> Acesso em: 26 out. 2022.

CASTRO, M. S. **Marcas famosas e uso de trabalho em condição análoga a de escravo.** In. SOARES, R. D. B. M. (Coord.). *Fashion law: direito da moda coordenação* Renata Dominguez Balbino Munhoz Soares. São Paulo: Almedina, 2019.

DANTAS, G. C. S. **O surgimento da moda.** Brasil Escola. Disponível em:
<https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/o-surgimento-moda.htm>. Acesso em: 26 out. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** Editora LTr, 13ª ed. São Paulo, 2014.

ESTEVIÃO, Ica Maria. **Custo humano: Shein é denunciada por trabalhos análogos à escravidão.** *Jornal Metrópole*, 2022. Disponível em:

<https://www.metropoles.com/colunas/ilca-maria-estevao/custo-humano-shein-e-denunciada-por-trabalhos-analogos-a-escravidao> Acesso em: 25 de out de 2022.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo:** coincidência. Repórter Brasil, jun. 2014. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/#:~:text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20da%20terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20pelas,e%20trabalho%20an%C3%A1logo%20ao%20escravo>. Acesso em: 25 de out. 2022.

FREITAS, Patrícia Tavares. **Bolivianos (as) por entre oficinas de costura na cidade de São Paulo:** novos aspectos da dinâmica migratória no século 21. In: BAENINGER, Rosana (org). *Migrações Internacionais*. Coleção Por Dentro do Estado de São Paulo, vol 9. Campinas: Núcleo de Estudos da População, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/2049309/IMIGRAC%C3%83O_BOLIVIANA_PARA_S%C3%83O_PAULO_E_SETOR_DE_CONFEC%C3%87%C3%83O_EM_BUSCA_DE_U_M_PARADIGMA_ANAL%C3%8DTICO> Acesso em 23 de out. 2022;

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande e Senzala**. São Paulo: Global Editora, 2003.

LAPORTA, Taís. **Fiscais flagram trabalho escravo em oficinas que fabricavam peças da Animale e A.Brand.** Jornal G1,2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/fiscais-flagram-trabalho-escravo-em-oficinas-da-animale-e-abrand.ghtml>. Acesso em 24 de out. 2022.

LIBBY, Douglas Cole; PAIVA, Eduardo França. **A escravidão no Brasil:** Relações sociais, acordos e conflitos. 2º edição. São Paulo: Moderna, 2012.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão Malheiro. **A escravidão no Brasil Vol.1**. Rio de Janeiro: eBooksBrasil,1866. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/malheiros1.html>. Acesso em 28 de dez. 2022.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO (MTE). **Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf>. Acesso em: 23 de out. 2022.

O GLOBO Economia. **Justiça decide que Zara é responsável por trabalho escravo flagrado em 2011.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/justica-decide-que-zara-responsavel-por-trabalho-escravo-flagrado-em-2011-22070129>. Acesso em: 24 de out. 2022.

OJEDA, Igor. **Em depoimento à CPI do Trabalho Escravo da Assembleia Legislativa de SP, executivo confirma que não havia monitoramento sobre fornecedores na época do flagrante.** Jornal Repórter Brasil,2014. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2014/05/zara-admite-que-houve-escravidao-na-producao-de-suas-roupas-em->

2011/#:~:text=(PSDB)%2C%20sobre%20a%20exist%C3%Aancia,onde%20foram%20encontrados%20os%20trabalhadores. Acesso em: 24 de out. 2022.

ONG REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar! uma abordagem sobre trabalho escravo contemporâneo na sala de aula e na comunidade.** Repórter Brasil (Programa “Escravo, nem pensar!”) – São Paulo: Repórter Brasil, 2012. 2ª ed.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.** Brasília – DF, 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 de out. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Normas internacionais sobre trabalho forçado.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_393063/lang--pt/index.htm. Acesso em: 26 de out. 2022, às 18h.

ROSSI, Beatriz Hamburgo. **Fashion law: o trabalho escravo na cadeia produtiva da moda.** Trabalho de conclusão de curso de Direito, Faculdade Mackenzie. São Paulo, 2020.

SENADO, Agência. **Senado confirma medida que recriou o Ministério do Trabalho e Previdência.** Senado Notícias, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/23/senado-confirma-medida-que-recriou-o-ministerio-do-trabalho-e-previdencia> Acesso em: 26 de out de 2022.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade.** Editora LTr, 1ª ed. São Paulo, 2001.

SILVA, Ivone Maria Ferreira; BOAVENTURA, Bruno J.R. **O trabalho escravo como expressão latente da questão social.** Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 124-139, 2014.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira. **Criminal Fashion Law: Intervenção penal na Indústria da Moda.** Orientador: Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira. 2020. p. 66. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-22032021-155627/publico/8483007_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 26 de out. 2022.

VARIZO, Renan André dos Reis. **Fashion Law, trabalho Escravo e Responsabilidade Civil – Análise do Mundo da Moda.** Orientadora: Profª. Drª. Renata Domingues Balbino Munhoz Soares. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, p. 65, 2019. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30159/RENAN%20ANDR%C3%89%20DOS%20REIS%20VARIZO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de out. 2022.

WALK FREE FOUNDATION. **The Global Slavery Index 2018.** Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1Y4aCodxSGgsq35M1PtNJDDMfgHANrdvo/vie> Acesso em 24 de out. 2022.

ZANFER, Gustavo. **O modelo *fast fashion* de produção de vestuário causa danos ambientais e trabalho escravo.** Jornal da USP, 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/o-modelo-fast-fashion-de-producao-de-vestuario-causa-danos-ambientais-e-trabalho-escravo/>. Acesso em: 25 de out. 2022.

A (IM)POSSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL PERANTE OS ATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE (IM)POSSIBILITY OF REVERSING THE BURDEN OF PROOF IN THE CRIMINAL PROCEDURE BEFORE ADMINISTRATIVE ACTS AND THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Carlos Vinnicius Gonçalves Silva

<http://lattes.cnpq.br/2832370931288385>

Moisés Bento Lacerda Neto

<http://lattes.cnpq.br/0256186203573613>

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo suscitar reflexões sobre a (im)possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, frente à tensão entre a presunção de veracidade dos atos administrativos e o princípio da presunção de inocência. O tema se mostra de extrema relevância, pois está interligado a defesa das garantias constitucionais do indivíduo capazes de proteger o cidadão de possíveis arbitrariedades por parte do Estado. Para tanto, foram utilizados os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, destacando princípios da Lei Processual Penal e o pensamento de parcela da doutrina clássica nacional sobre a temática associado a estudos complementares. Por fim, o presente estudo gera sensível colobaração ao mundo científico, uma vez que promove debate acerca da possibilidade de aplicação concomitante de princípios constitucionais na esfera penal, com o objetivo de fomentar o estudo doutrinário e análise do comportamento jurisdicional, tendo em vista que o tema atividade probatória é considerado termômetro do processo penal, para aferir seu nível de garantismo.

Palavras-chave: Processo Penal; Inversão do Ônus da Prova; Presunção de Inocência; Atos Administrativos; Depoimento Policial.

ABSTRACT: This study aims to raise reflections on the (im)possibility of reversing the burden of proof in criminal proceedings, in view of the tension between the presumption of veracity of administrative acts and the principle of presumption of innocence. The theme is extremely relevant, as it is interconnected with the defense of the individual's constitutional guarantees capable of protecting the citizen from possible arbitrariness on the part of the State. For that, bibliographical and documentary research methods were used, highlighting principles of the Criminal Procedural Law and the thinking of a portion of the national classical doctrine on the subject associated with complementary studies. Finally, the present study generates a sensitive contribution to the scientific world, since it promotes debate about the possibility of concomitant application of constitutional principles in the criminal sphere, with the objective of promoting the doctrinal study and analysis of jurisdictional behavior, bearing in mind that the subject of evidentiary activity is considered a thermometer of the criminal process, to assess its level of guarantee

Keywords: Administrative Acts; Reversal of the Burden of Proof; Presumption of Innocence; Police Statement.

INTRODUÇÃO

No processo penal, diferentemente do processo civil, não existe distribuição de cargas probatórias, a incumbência da prova é um ônus da acusação. Fato é que, o processo se inicia com a necessidade de comprovação da afirmação existente na peça acusatória, denúncia ou queixa, feita pelo detentor da ação penal, ademais, o réu está protegido pelo princípio da presunção de inocência. Ou seja, a acusação tem o dever de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito, não obrigação, de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 591).

Ora, o processo é instruído por princípios constitucionais como o contraditório e a ampla-defesa. Todavia, observa-se que uma prática comum adota pela jurisprudência é a utilização exclusivamente do testemunho de agentes policiais como fundamento para uma sentença condenatória. Nesta toada, vemos resquícios da utilização do princípio da veracidade dos atos administrativos, do direito administrativo no processo penal.

A utilização do testemunho policial como principal prova de comprovação da autoria do delito é uma forma de inversão do ônus da prova, visto que pela atribuição da presunção de veracidade da palavra do agente policial o acusado fica incumbido de desconstruir aquela versão apresentada.

Mesmo que a ideia não seja deslegitimar a posição do policial como agente da justiça, não devemos negar o óbvio, o policial, civil ou militar, quando seu serviço durante a investigação preliminar ou prisão do acusado ou réu, acaba envolvendo-se naquele cenário, podendo deixar de agir com a mesma parcialidade de um estranho ao processo. Sendo possível o desenvolvimento de sentimentos, mesmo em nível subconsciente, de manter lisa e indúvidosa a apuração desenvolvida pela instituição a qual é filiado, além de, poder tentar justificar a prisão que ele mesmo realizou. (NUCCI, 2015, p. 343).

O método utilizado para o desenvolvimento do presente trabalho foi o dedutivo - afunilamento de ideias - juntamente com a análise bibliográfica, buscando em trabalhos, livros, artigos e revistas científicas, sítios eletrônicos e monografias, embasamento para uma conclusão. Ademais, foi realizada uma análise da jurisprudência mais recente sobre o tema para demonstrar o entendimento majoritário existente. Neste interim, foram exploradas as decisões mais recentes proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Por fim, objetiva-se com o presente artigo a investigar o alcance e possível da violação do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, corolário de ordem constitucional, e

verdadeiro postulado civilizatório e humanitário. (PINTO; LEITE, 2019). Assim como também é de relevância o debate acerca do ônus da prova, uma vez que, segundo Fabiana Lemes Zamolla (2006, p. 157), a atividade probatória é o “termômetro do processo penal, por meio do qual é possível aferir o seu grau de garantismo”.

1.1 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Na Idade Média, a inquisição possuía uma estrutura processual penal inquisitória: naquele período não se iniciava o processo com a inocência do acusado, mas sim com sua possível culpabilidade. Nesse sistema, a declaração da inocência ocorria somente quando o acusado a demonstrasse (purgativo da acusação), e bastava um simples indício à formação de um juízo condenatório. Deste modo, durante a transição dos modelos históricos de processo penal (do inquisitório ao acusatório), a presunção de inocência tomou uma função extremamente importante estruturalmente, principalmente no que diz respeito à liberdade e a prova (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 945).

O princípio da presunção de inocência se encontra positivado em importantes documentos no plano internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece, em seu artigo 9, que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”. O fim da Segunda Guerra Mundial foi importante para dar à presunção o status de direito humano fundamental, consagrando-a na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Posteriormente, esta foi incorporada ao Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, prescrevendo que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade” (BRASIL, 1992).

Outrossim, com a positivação de direitos e garantias na Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 5º (como em: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” no inciso LIII; “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” no inciso LIV; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” no inciso LV; e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” no inciso LVII), tanto o legislador como os magistrados foram obrigados a realizar uma filtragem do Código de Processo Penal à luz da Constituição, tendo em vista o caráter eminentemente inquisitorial que os idealizou (LOPES JUNIOR, 2020, p. 137-140).

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, conforme preconizado pelo art. 5º., inc. LVII, da Constituição Federal, determina que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória com trânsito em julgado. Tal mecanismo tem como intuito fixar que o ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa. Os indivíduos nascem inocentes, sendo este seu estado natural e sendo indispensável que o Estado-acusação demonstre a culpabilidade do réu através de provas suficientes ao Estado Juiz (NUCCI, 2015, p. 67).

A presunção de inocência é um conceito complexo, presente em diferentes dimensões no processo penal; entretanto, é necessário ressaltar que sua essência pode ser sintetizada nas normas de tratamento, probatória e de julgamento. A norma de tratamento exige que o acusado seja tratado como inocente, de forma interna e externa ao processo. Já a norma probatória estabelece que a carga da prova é inteiramente do acusador; e, por fim, temos que o stand probatório deverá ser suficiente para um decreto condenatório, devendo ser alcançadas respostas acima da dúvida razoável, sendo a norma de julgamento ligada à presunção de inocência (LOPES JUNIOR, 2020, p. 135-143).

Além disso, o princípio da presunção de inocência é tão amplo que não pode ser analisado isoladamente. É necessário confrontá-lo com outros valores constitucionais; citamos, por exemplo, a efetividade da Justiça penal (CF, art. 5º., XXXV), que é de suma importância para garantir a segurança da coletividade e dos acusados - considerando que a segurança individual também é aceita como direito fundamental (CF, art. 5º., *caput*). A segurança pública se constitui como um dever do Estado, é direito e responsabilidade de todos e tem como finalidade a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, *caput*) (MASSON, 2019, p. 820-821).

No passado, o princípio norteador do Código de Processo Penal era o da presunção da culpabilidade. Naquela época, haviam adeptos de uma suposta inconsistência lógica no raciocínio da presunção de inocência, considerando que, como seria possível a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente? Tal aceção ocorria pelo fato da política criminal extremamente autoritária vigente, que tinha como base a antecipação de culpa ou presunção de culpa (OLIVEIRA, 2021, p. 30-31).

Assim, Eugênio Pacelli Oliveira (2021, p. 31) traz algumas considerações acerca desta situação:

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é

inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a onda policiaesca do Código de Processo Penal produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras. É claro que é – e sempre será – muito difícil compatibilizar interesses tão opostos como aqueles representados pela necessidade de aplicação da lei penal (enquanto ela existir) e o exercício da liberdade individual.

Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, o ônus probatório deve seguir linhas de isonomia e proporcionalidade. Entretanto, é dever basilar o atendimento do princípio constitucional da presunção de inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. A afirmação de que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória traz consigo a implicação da transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação, sendo uma incumbência do acusador provar a existência do crime, além de sua autoria (OLIVEIRA, 2021, p. 413).

É esse o teor do artigo 386 do Código de Processo Penal, que em seus incisos II, V e VII determina que, perante a inexistência de prova da autoria ou da materialidade do crime, ou nos casos em que não exista prova suficiente para a condenação, deverá ser decretada a absolvição do acusado:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

II - Não haver prova da existência do fato;

(...)

V – Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1941).

Deste modo, a presunção de inocência e o ônus da prova da acusação determinam que a condenação penal ocorra somente com convencimento do juiz da culpa, em um parâmetro para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). E o convencimento do julgador poderá ocorrer somente em termos justificativos, devendo ocorrer o alcance cumulativo, observando a regra da presunção da inocência, o modelo de convencimento para além da dúvida razoável e a necessidade da motivação das decisões judiciais (SARLET, 2019, p. 1102).

1.2 DAS PROVAS

O Processo Penal é o meio pelo qual o Estado exerce sua pretensão acusatória e punitiva de forma legítima. Os princípios constitucionais devem nortear o desenvolvimento do processo, com ênfase no dever de provar concentrado nas mãos do acusador:

O processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere das cargas (por exemplo, probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas). O não aproveitamento de uma chance e a não liberação de uma carga, gera uma situação processual desvantajosa, conduzindo a uma perspectiva de sentença desfavorável. Às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 591)

Para desenvolver o tema, é necessário refletir sobre o sistema processual penal adotado pela legislação brasileira, possibilitando o entendimento do ônus de gestão da prova.

O sistema inquisitório foi adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, e posteriormente se consolidou por toda a Europa, sendo utilizado pelos Tribunais Civis até o século XVIII. É um modelo típico dos sistemas ditatoriais e tem como principal característica a função de acusar, defender e julgar concentrados em uma única pessoa, que assume a posição de um juiz acusador chamado de inquisidor. O sistema acusatório possui características totalmente opostas, possuindo uma clara separação entre o juiz e partes durante todo o processo, consolidando maior imparcialidade ao julgamento. Este é o sistema vigente na legislação pátria (LOPES JUNIOR, 2020, p. 55-60).

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes. É exatamente nesse sentido, aliás, o art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (DE LIMA, 2020, p. 44)

Analisando a primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, que não foi alterada pela Lei nº 11.690/08, a prova da alegação é de responsabilidade de quem a fizer. Portanto, perante esta regra, devemos refletir sobre qual é o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal. Uma primeira corrente entende que, partindo do critério estabelecido na legislação pátria (Código de Processo Civil, art. 373, inciso I; e art. 156 do Código de Processo Penal), a prova da alegação incumbirá a quem a fizer e caberá à acusação provar:

1. A existência do fato típico;

2. A autoria ou participação;
3. A relação de causalidade;
4. O elemento subjetivo do agente: dolo ou culpa.

Uma segunda corrente entende que, diante do princípio do *in dubio pro reo*, que é princípio basilar no campo penal, o acusado não poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para decisão do processo. Nesta perspectiva, em um processo em que vigora o princípio da inocência e o sistema acusatório, o ônus probatório é atribuído de forma exclusiva ao acusador. Exemplificando esta corrente, podemos citar a hipótese de alegação da defesa acerca da presença de uma excludente de ilicitude, onde caberá à acusação demonstrar que a conduta do agente é típica, ilícita e culpável.

Assim, podemos concluir que conforme a divisão do ônus da prova é feita entre a acusação e o réu, a acusação está incumbida do dever de provar os fatos constitutivos; e, ao acusado, cabe a prova de sua inocência quando alegar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, valendo-se sempre do teor da regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB). Para modificar o status de inocência do indivíduo apenas observando as regras do devido processo legal, conforme estabelecido pelo sistema acusatório onde o juiz está afastado da persecução penal, é delegado o dever da defesa da ordem pública ao Ministério Público, através do ônus de provar o fato descrito na denúncia (RANGEL, 2019, p. 804).

Assim, concluímos que pela regra do princípio da presunção de inocência, responsável pela regra de tratamento do *in dubio pro reo*, se determina o ônus da prova em desfavor precipuamente do Ministério Público ou querelante. A inversão do ônus da prova manifestaria uma adoção de regra contrária aos ditames constitucionais, simulando uma espécie de *in dubio pro societate* ou *in dubio contra reum*. Perante o mandamento constitucional do princípio da presunção de inocência, não existe outra possibilidade, se não concluir que nenhuma lei poderá inverter o ônus da prova com relação à condenação penal (DE LIMA, 2020, p. 680).

O papel da jurisprudência é assegurar ao direito um papel garantidor e emancipador, devendo ser repensado o conceito de segurança jurídica que deve agir como contrapeso a uma possível ditadura do Estado. É importante considerar sempre que o processo penal é voltado à reconstrução de um fato histórico, sendo a única maneira de obter uma versão aproximada do que ocorreu; nunca será o fato, mas uma versão aproximada deste (LOPES JUNIOR, 2017, p. 98). O objetivo da prova judiciária é claramente definido, visando reconstruir os fatos investigados no processo com o intuito de demonstrar a maior coincidência possível com a

realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos como ocorreram efetivamente no espaço e no tempo (OLIVEIRA, 2021, p. 422).

A palavra prova possui a mesma origem etimológica de *probo*, que advém do latim, *probatio* e *probus*, e denota as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Esta dá origem ao verbo provar, que tem significado de verificar, examinar, reconhecer por experiência; tendo relação direta com o campo de operação do raciocínio na busca e comunicação do conhecimento. Existem três acepções da palavra prova: prova como atividade probatória, prova como meio e prova como resultado (DE LIMA, 2020, 657-658).

Os meios de prova são todos aqueles utilizados pelo juiz, de forma direta ou indireta, para conhecer a verdade dos fatos; ou seja, os meios de prova são o percurso utilizado pelo magistrado para dar criar sua convicção acerca das alegações feitas pelas partes. A inspeção judicial pode ser considerada como meio de prova, assim como o indício, bem como tudo aquilo que o juiz utilizar para alcançar um fim justo no processo. O depoimento testemunhal é o meio de prova utilizado para formar a convicção do juiz sobre questões controvertidas dos autos (OLIVEIRA, 2021, p. 745).

Por anos vigorou o entendimento de que no Processo Civil, em que geralmente são debatidos direitos disponíveis, vigorava o denominado princípio dispositivo, cabendo somente às partes levar ao processo o material probatório necessário. Em contrapartida, no âmbito processual penal, são discutidos direitos indisponíveis ao acusado, como o da liberdade de locomoção; fato que daria ao magistrado amplos poderes instrutórios, podendo de *officio* determinar a produção de provas em busca da verdade material. Até então, pairava sobre o processo penal o princípio da verdade material, conhecido também como princípio da verdade substancial ou real (DE LIMA, 2020, p. 70).

O fruto desastroso dessa ideia de busca da verdade real talvez tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que atingiu consideravelmente a totalidade dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A crença de que a verdade estava ao alcance do Estado motivou a perseguição da realidade dos fatos de forma inquisitorial, o que resultou na mitigação de direitos fundamentais do indivíduo pelo infeliz desvio dos objetivos basilares das autoridades públicas. Somente com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 tais práticas foram dizimadas, através dos princípios do contraditório e da paridade de armas (OLIVEIRA, 2021, p. 429).

A busca da verdade real, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Talvez o mal maior causado pelo citado

princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal. (OLIVEIRA, 2021, p. 429)

Tal fato ocorre pela valorização dos procedimentos e garantias da defesa, em contraposição à ideia de verdade real; respeitando sempre os princípios constitucionais (CALDAS, PRADO, 2020, p. 07).

Nesse sentido, o processo penal só poderia ser legitimado se pautado por uma verdade formal ou processual, condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa, em contraposição à ideia de verdade real. O julgador deveria, no exercício de suas funções, buscar a verdade processual, alcançada num processo que respeitaria as normas procedimentais, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes, sendo ainda dirigido por juiz imparcial. (CALDAS, PRADO, 2020, p. 07)

O sistema de avaliação da prova adotado pelo Código de Processo penal foi o do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova). Assim, cabe ao magistrado a valoração das provas constantes nos autos de forma livre, as quais possuem, legal e abstratamente, o mesmo valor; todavia, o julgador possui o dever de fundamentar sua decisão (DE LIMA, 2020, p. 681). O art. 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, demonstra a adoção do sistema do convencimento motivado, senão vejamos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

É válido destacar que uma mesma fonte e meio podem ser resultado de atos com naturezas jurídicas distintas e, com relação à valoração jurídica, podem ser divididos em dois grupos: atos de prova e atos de investigação. Em relação aos atos de prova é necessário frisar que: estão dirigidos ao convencimento do julgador da verdade de uma afirmação, e, estando a serviço do processo, integram o processo penal; buscam formar um juízo de certeza; são instrumentos da formação da sentença; exigem estrita observância dos princípios da publicidade, contradição e imediação; e são praticados ante o juiz que julgará o processo (LOPES JUNIOR, 2020, p. 272).

Diametralmente opostos estão os atos de investigação (instrução preliminar), que apresentam as seguintes características:

- Não se referem a uma afirmação, mas tão somente a uma hipótese;
- Estão a serviço da fase pré-processual;
- Servem para formar um juízo de probabilidade;
- Não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, considerando que são restritos;
- Servem para formação do *opinio delicti* do acusador;
- Não estão destinados à sentença, mas para demonstrar o *fumus commissi delicti*
- Servem para fundamentar decisões interlocutórias e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- São de responsabilidade do Ministério Público ou da Polícia judiciária (LOPES JUNIOR, 2020, p. 272-273).

Estes são colhidos através do inquérito policial, que é um procedimento administrativo inquisitório e preparatório cujo presidente é o Delegado de Polícia. Consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa, buscando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade do ilícito penal e viabilizando o ingresso a ação do Ministério Público em juízo (DE LIMA, 2020, p. 175). É válido ressaltar que, como visto na redação do art. 155 do CPP, a decisão do magistrado não poderá ser fundamentada exclusivamente nos elementos colhidos durante a investigação preliminar:

O art. 155 ressalta que o juiz não poderá fundamentar sua decisão, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos na investigação. Pode acontecer de o intérprete açodado entender que a palavra exclusivamente significa dizer que o juiz pode sopesar as provas do inquérito desde que em cotejo com as demais provas do processo. Nada mais equivocado. A palavra exclusivamente significa dizer que o juiz não deve levar em consideração, em sua sentença, as informações contidas no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Não servem nem para cotejá-las com as do processo. Prova de inquérito é para que o MP possa dar o pontapé inicial, oferecendo denúncia. (OLIVEIRA, 2021, p. 828)

Utilizando a regra prevista no Código de Processo Civil, art. 379, podemos concluir que as partes possuem o direito de empregar todos os meios de prova necessário para provar a verdade dos fatos, desde que sejam legais e moralmente legítimos:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a

verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015)

Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 378) discorrem em sua obra sobre a utilização deste princípio do Código de Processo Civil em antro penal:

O Código de Processo Penal contém implícita a adoção do princípio da liberdade dos meios de prova (art. 155); e o Código de Processo Civil estabelece que todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, “são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332). Dentre outros, lembrem-se, exemplificativamente, os seguintes meios de prova, regulados de modo expreso pela lei: prova documental, testemunhai, pericial, inspeção judicial, etc.

E complementando este entendimento, vejamos a previsão do art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais
§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras
§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova
§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (BRASIL, 1941)

No âmbito do processo penal, conforme art. 202 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode ser testemunha desde que dotada de capacidade física; se torna irrelevante a incapacidade jurídica, pois podem dar sua versão em juízo: menores de 18 (dezoito) anos, deficientes mentais e doentes. De forma lógica, somente pessoas físicas poderão dar seu testemunho em juízo. A testemunha é a pessoa que não tem interesse no resultado do processo e que é capaz de depor, declarando perante a autoridade judiciária que sabe sobre acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como principal objetivo trazer ao processo dados de conhecimento derivados da percepção sensorial daquele que é chamado a depor (DE LIMA, 2020, p. 763-764).

Devido às restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira possui, a prova testemunhal acaba por ser utilizada como o principal meio de prova do processo criminal brasileiro. Em que pese ter a prova testemunhal extrema fragilidade e pouca credibilidade,

temos a utilização das provas testemunhais como base de diversas sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas (LOPES JUNIOR, 2020, p. 745).

Pelo fato de a prova testemunhal ser a mais utilizada no processo penal, os cuidados em relação a ela devem ser redobrados. Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, que pode ser maior ou menor, acerca de um determinado fato. Durante a instrução probatória, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com outras situações da realidade que poderão influenciar sua fidelidade, consciente ou inconscientemente; isto é, a correspondência do que se julga ter presenciado e o que é afirmado ao final (OLIVEIRA, 2021, p. 526).

A regra prevista no Código de Processo Penal brasileiro é de que toda e qualquer pessoa poderá dar seu depoimento como testemunha, salvo previsão legal em contrário. As pessoas que possuem parentesco próximo com o réu têm o direito de recusar a dar seu testemunho em juízo, conforme os termos do artigo 206 do Código de Processo Penal, salvo quando não for possível obter-se ou integrar-se a prova do fato e suas circunstâncias de outro modo. Conforme o texto do art. 207 do Código, são impedidas de dar seu testemunho as pessoas que, pelo desempenho de ministério, ofício, profissão ou em razão de função, devam guardar segredo; salvo quando desobrigadas pela parte interessada.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. (BRASIL, 1941)

Testemunha é o indivíduo que é chamado a depor, demonstrando sua visão pessoal sobre a existência, natureza e características de um fato; pois, face estar diante de um objeto (*testis*), guarda na mente sua imagem. A prova testemunha é aquela feita pela afirmação pessoal oral e, em alguns casos expressamente previstos em lei, por escrito (cf. § 1º do art. 221 do CPP). Genericamente, podemos dizer que são provas testemunhais as produzidas por testemunhas, pelo ofendido e a confissão do acusado (OLIVEIRA, 2021, p. 750).

1.3 DO TESTEMUNHO PRESTADO PELOS POLICIAIS

O policial pode e deve prestar seu depoimento; todavia, é dever do magistrado sobrepsá-lo com as demais provas constantes nos autos. O julgador deve ter a cautela necessária para sua avaliação, extraindo eventuais excessos no testemunho e coibindo as

propositadas carências de informação. Diversos são os delitos que dependem da versão dos policiais para verificação de validade do procedimento, pois ocorrem em locais ermos e sem participação do grande público; podemos citar como exemplo os casos de apreensão de drogas em via pública deserta, durante a madrugada (NUCCI, 2017, p. 343).

Deve-se suscitar também questões institucionais dos policiais, como é o caso dos indicadores de produtividade baseados conforme o número de prisões realizadas. Essa é uma realidade dos policiais civis e militares, que gera pressão para que as prisões sejam realizadas; por muitas vezes os policiais são requisitados para realizarem “operações ostensivas”, ocorrendo em alguns casos operações de repressão ao crime organizado, tráfico de drogas, porte de armas e outros delitos. Estas operações estão dentro de um “plano de metas” que existe dentro da instituição policial (DE JESUS, 2019, p. 123).

Da mesma forma, não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 749)

Os atos administrativos praticados pelos agentes públicos possuem presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*) somente no Direito Administrativo, não alcançando o âmbito do Penal. Assim, deve ser afastada a presunção de legitimidade dos testemunhos policiais, pois não se tratam de ato administrativo no campo do Direito Administrativo, mas de prova no âmbito do Direito Processual Penal (CALDAS; PRADO, 2020, p. 11).

Ademais, deve-se ter um cuidado maior com as apreciações pessoais das testemunhas, pois, conforme o art. 213 do Código de Processo Penal, “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (BRASIL, 1941).

Considerando o teor do art. 202, que assegura a liberdade na seleção da testemunha e, de forma genérica, assegura que toda pessoa poderá figurar como tal, salvo as hipóteses expressamente vedadas, o depoimento dos policiais não deverá ser afastado de pronto, cabendo sua valoração conforme o contexto probatório (TAVORA, 2016, p. 980).

Além disso, o testemunho é um teste de recuperação da memória e pode acabar sendo prejudicado com o percurso do tempo, considerando que o processo de memorização passa por três etapas: codificação, armazenamento e recuperação. A codificação é conceituada como a transformação do fato real em uma forma que possa ser retida em nosso cérebro. O armazenamento é a etapa do estoque da informação que já foi codificada, sendo possivelmente plausível à perda e distorções em razão dos processos de memorização. E, por último, temos a recuperação; que é o processo de busca da memória armazenada (CALDAS; PRADO, 2010, p. 09).

A palavra prova só deve ser utilizada em referência aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, com a necessária participação dialética das partes e sob os princípios do contraditório e da ampla-defesa. Essa estrutura é que possibilita realizar indagações para verificar os contrários, funcionando como mecanismo para a busca da verdade. As opiniões contrárias ampliam os limites de cognição do magistrado sobre os fatos narrados e diminuem a possibilidade de erros (DE LIMA, 2020, p. 57).

Desse modo, a condenação não poderá ser baseada exclusivamente nos elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, conforme art. 155 do Código de Processo Penal. Por isso, vemos uma prática recorrente do Ministério Público de tentar arrolar como testemunhas somente os policiais participantes das operações que serviram para elaboração do inquérito. Assim, preconiza Aury Lopes Jr. (2020, p. 749):

Contudo, é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito. Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação “exclusivamente” (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação e também a obrigatória exclusão física dos autos (art. 3º-C, §3º, infelizmente suspenso pela liminar do Min. FUX). No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP.

Deste modo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu em algumas decisões o entendimento pela possibilidade da inversão do ônus da prova em âmbito processual penal, de forma a afastar o princípio da presunção de inocência e a regra probatória, principalmente nos crimes patrimoniais. Nesta perspectiva, demonstram-se decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendem pela possibilidade de inversão do ônus da prova:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - PALAVRA DOS POLICIAIS - VALOR PROBANTE - APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DOS

ACUSADOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Os depoimentos dos policiais militares que prendem em flagrante o réu, bem como que participam das investigações que precedem a prisão, desfrutam, em princípio, da mesma credibilidade que, em geral, gozam todos os demais testemunhos, em especial pela proximidade com o fato, pelo que, desde que se mostrem consistentes, coerentes e isentos, podem servir de amparo para o édito condenatório. Em sede de crimes patrimoniais, a apreensão da res furtiva em poder do acusado opera a inversão do ônus da prova, passando a ser do réu o ônus de explicar e provar os fatos que alega, sob pena de ser mantido o édito condenatório. (BRASIL, TJMG - Apelação Criminal 1.0079.18.008782-1/001, Relator: Des. (a) Fernando Caldeira Brant, 4ª Câmara Criminal, julgamento: 11/12/2019, data de publicação: 18/12/2019).

Assim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou o seguinte entendimento:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - AGENTE DETIDO NA POSSE DOS BENS SUBTRAÍDOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS - CREDIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA- PENAS FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 01. **Tendo o acusado sido preso na posse dos objetos subtraídos, inverte-se o ônus da prova, cabendo-lhe a tarefa de comprovar que não praticou a subtração, sem o quê a presunção de autoria se transforma em certeza.** 02. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá ao depoimento de qualquer outra testemunha, porque a aceitabilidade de suas declarações está jungida à presunção de idoneidade moral de que gozam, salvo prova em contrário, razão pela qual suas palavras são aptas para a formação de um juízo de censurabilidade penal em desfavor do agente. 03 (...). (MINAS GERAIS, 2021). (Grifou-se).

Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes tipificado pelo art. 33, da Lei nº. 11.343/06, encontram-se decisões que admitem a possibilidade de inversão do ônus probatório e a existência da presunção *juris tantum* ao depoimento prestado pelo agente policial. Deste modo, seguem os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEIÇÃO - ILEGALIDADE NA OBTENÇÃO DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DESTINAÇÃO MERCANTIL DA DROGA EVIDENCIADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - REVISÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO - INVIABILIDADE - RESTITUIÇÃO DE BENS E VALORES - NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA - VIAS DE FATO - ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. 1- Não há que se falar em nulidade da prova, eis que, não evidenciada conduta ilícita por parte dos policiais. 2- Comprovado nos autos que o réu incorreu em uma das condutas do art. 33 da Lei 11.343/06, em vista da prova oral colhida, confirmada sob o crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição. 3- Os depoimentos de policiais como testemunhas gozam de presunção *juris tantum* de veracidade, portanto, prevalecem até prova em contrário. 3- (...) (MINAS GERAIS, 2022a).

Em outro julgado:

Ementa Oficial: EMBARGOS INFRINGENTES -TRÁFICO DE DROGA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA - EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Necessária é a desclassificação do delito do artigo 33 para o delito de uso de droga ut artigo 28 da Lei 11.343/06 quando não há prova da mercancia ilícita. 2. Embargos acolhidos. V.v: 1- Comprovado nos autos que o réu incorreu em uma das condutas do art. 33 da Lei 11.343/06, em vista da prova oral colhida, confirmada sob o crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição ou desclassificação para uso de drogas. 2- Os depoimentos de policiais como testemunhas gozam de presunção iuris tantum de veracidade, portanto, prevalecem até prova em contrário. 3- Caracterizado bis in idem com a consideração dos maus antecedentes e reincidência, necessária a redução da pena-base. (MINAS GERAIS, 2022b).

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça acerca do tema, que em muitos julgados considera possível a possibilidade da inversão do ônus da prova, através das sentenças do AgRg no HC 672359/SP (2021) e HC 393516/MG (2017):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECEDENTES. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) - **A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante - em local conhecido como ponto de venda de drogas, após denúncias anônimas relatando à polícia que havia uma pessoa traficando na travessa Paloma Carolina, razão pela qual, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram um indivíduo com as mesmas características indicadas nas denúncias e, ao abordá-lo, apreenderam as drogas e numerário em uma sacola que ele havia dispensado ao ver os policiais (e-STJ, fl. 226) -, sendo, portanto, pouco crível a tese de que a droga encontrada em seu poder fosse apenas para uso próprio. - Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. (BRASIL, 2021). (Grifamos).**

Na segunda sentença:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (...) 2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o

acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.³ **É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso.** (BRASIL, 2017). (Grifamos).

Assim sendo, não existe qualquer restrição para a possibilidade de depoimento dos policiais, mas se deve ter cuidado com a valoração dos mesmos. Dado o exposto, pode-se inferir que quando ocorre a inversão do ônus da prova através da necessidade de demonstração da contrariedade dos depoimentos policiais, o indivíduo é colocado em situação extremamente onerosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Processo Penal deve atender a um conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, devem assegurar às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais; e, por outro lado, também são indispensáveis ao exercício correto da jurisdição. Essas garantias não servem apenas aos interesses das partes de forma individual, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas; mas configuram a salvaguarda do próprio processo penal, considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 88).

Por fim, é necessário ressaltar que a doutrina possui divergências sobre quem recai a incumbência do ônus da prova. A doutrina tradicional assevera que o ônus da prova é regido pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi ei qui asserit*, ou seja, cabe àquele que alega provar as afirmações ou a tese levantada, a qual deve ser comprovada. Neste sentido, encontra-se autores como Adalberto Aranha (ARANHA, 1999, p.14).

Edilson Mougnot Oliveira (2021, p. 465) também desenvolve seus estudos conforme o entendimento supracitado.

Eugênio Pacelli Oliveira (2021, p. 432) entende que cabe à acusação, diante do princípio da inocência, produzir provas quanto a materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não sendo incumbida do ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

Autores como Aury Lopes Jr (2020, p. 591), Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 677), e também, Paulo Rangel (2019, p. 807) entendem que o ônus probatório recai exclusivamente

sobre a acusação. Concluímos que este é o entendimento mais acertado, por ser mais compatível com o princípio da presunção de inocência, considerando que o acusado jamais poderá sofrer pela dúvida de um fato existente no processo.

Por isso, atribuir presunção de veracidade aos depoimentos dos policiais transfere para o réu o ônus de provar suas alegações e sua inocência, ferindo o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro réu*. Todavia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça em alguns casos entendem pela possibilidade de inversão do ônus da prova, o que é irrazoável.

Além da dificuldade de provar a improcedência do testemunho apresentado pelos policiais, verifica-se resquícios inquisitoriais no processo penal e, além disso, a parcialidade dos agentes policiais pode ser justificada pela necessidade de legitimar os atos pretéritos a fase processual e evitar responder por processos administrativos. Além de que, é inconstitucional entendimento que corroborem a possibilidade da inversão do ônus da prova.

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe cabe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser desconstituída pela acusação, sem que o acusado tenha qualquer dever nesse processo; inclusive, sendo assegurado a este o direito ao silêncio – *nemo tenetur se detegere*. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 590).

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. Da Prova no Processo Penal. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Casa Civil. Decreto n. 678, de 05 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992. Brasília, DF, Senado Federal, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=D0592&text=DECRETO%20No%20592%2C%20DE,sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 3.689, de 02 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. Secretaria-Geral. Lei n. 13.105, de 15 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus 672.359/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 22 de junho de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101759794&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus 393.516/MG. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 20 de junho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700663574. Acesso em: 14 de nov. 2022

CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 166, n. 2020, p. 85-127, 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/141942>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade Federal de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/documentacao-historica>. Acesso em 14 de nov. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Universidade Federal de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/documentacao-historica>. Acesso em 14 de nov. 2022.

DE JESUS, Maria Gorete Marques. **'O que está no mundo não está nos autos'**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. EPUB

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2017. EPUB

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). vol. 1, 13º ed. São Paulo: Método, 2019. EPUB

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 1.0079.18.008782-1/001. Relator: Des. (a) Fernando Caldeira Brant. Julgamento em 11 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1007918008782100120191640120>. Acesso em 14 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 1.0290.17.001329-3/001 Relator: Des.(a) Fortuna Grion, julgamento em 26 de outubro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1029017001329300120218877412>. Acesso em 14 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0643.20.000122-7/001. Relator: Des.(a) Eduardo Machado. Julgamento em 10 de agosto de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1064320000122700120222365616>. Acesso em 14 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). Emb Infring e de Nulidade 1.0702.18.063094-0/004. Relator: Des.(a) Pedro Vergara. Julgamento em 05 de julho de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1070218063094000420222117931>. Acesso em 14 de nov. 2022.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. EPUB

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PINTO, Felipe Martins; LEITE, Hebert Soares. O princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de produção de provas ex officio pelo julgador. In: PINTO, Felipe Martins (Org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 121-138.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. EPUB

SARLET, Ingo; WOLFGANG, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. EPUB

A LICITAÇÃO PÚBLICA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

PUBLIC BIDDING AND THE CHANGES BROUGHT IN THE FACE OF THE COVID-10 PANDEMIC

Jeniffer Karoline Lourenço de Freitas
karolinejeniffer30@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/1302512013269470>

Thaylla Leão Galdino
thayllaleaog@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/4531771438835894>

Antônio Luiz Nunes Salgado
antonio.salgado@funorte.edu.br
<http://lattes.cnpq.br/4677466918242187>

RESUMO:

A pandemia da COVID-19 trouxe mudanças nos cenários econômico e social e, mais ainda, na saúde pública em nível mundial. No Brasil, o Estado, em meio ao cenário de turbulência, precisou implementar ações de combate e controle à pandemia. Considerando a urgência na aquisição de equipamentos e insumos para suprir a necessidade e demanda da população, foram criados decretos, portarias e leis federais que regulamentam e dispõem do processo licitatório que pudessem facilitar e agilizar as maneiras de combate ao vírus. O presente trabalho visa demonstrar e verificar as mudanças na legislação trazida pela pandemia na administração pública e as dificuldades enfrentadas pela entidade pública no processo licitatório nesse período. O artigo tratará sobre mudanças trazidas pelas Leis 13.979/2020 e 14.217/2021. Portanto, trata-se de uma análise de estudos de dados com caráter exploratório e de natureza qualitativa, assim, podemos verificar e identificar as medidas tomadas na pandemia. A pesquisa foi realizada no site Portal Transparência MG, no período de 2019 a 2021. Na coleta dos dados foram analisadas as compras realizadas no Estado de Minas Gerais, foram coletados dados dos principais medicamentos utilizados durante os protocolos de internação e tratamento dos infectados pelo vírus da Covid-19. Ademais, serão analisados os valores destes medicamentos comprados pela administração pública nos processos licitatórios.

Palavras-chave: Licitação. Processo de Compra. Pandemia. Nova Lei de Licitação.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic brought changes in the economic and social scenarios and, even more, so in public health worldwide. In Brazil, the State, in the midst of turbulence, had to implement actions to combat and control the pandemic. Considering the urgency in acquiring equipment and inputs to meet the needs and demands of the population, federal

decrees, ordinances and laws were created to regulate and provide for the bidding process that could facilitate and speed up ways to combat the virus. The present work aims to demonstrate and verify the changes in legislation brought about by the pandemic in public administration and the difficulties faced by the public entity in the bidding process during this period. The article will deal with changes brought about by Laws 13,979/2020 and 14,217/2021. Therefore, it is an analysis of data studies with an exploratory and qualitative nature, so we can verify and identify the measures taken in the pandemic. The research was carried out on the Portal Transparência MG website, from 2019 to 2021. In the collection of data, purchases made in the State of Minas Gerais were analyzed, data were collected on the main medications used during hospitalization protocols and treatment of those infected by the virus. from Covid-19. In addition, the values of these drugs purchased by the public administration in the bidding processes will be analyzed.

Keywords: Bidding. Buying process. Pandemic. New Bidding Law.

1 – INTRODUÇÃO

A licitação, no modo amplo no conceito de Mello (2010), é o procedimento administrativo que os órgãos da administração pública se submetem quando pretendem contratar, adquirir, locar, construir ou até mesmo prestar serviços. A Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta este procedimento e tem como a principal fonte a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, regida pelo princípio da isonomia.

A licitação pública é um regime obrigatório para contratação de serviços, compras, obras e alienações, salvo em casos excepcionais em lei, de acordo o inciso XXI, do artigo 37 da CF de 1988 e também pela Lei 8.666/1993.

Os casos de exceção que o inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/1993 traz, são emergência ou calamidade pública quando é urgência de atendimento ou situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, serviços, equipamentos, obras e outros serviços públicos ou particulares. Portanto, essa Lei define os parâmetros e princípios que a licitação deve seguir. (BRASIL, 1993)

O presente trabalho visa trazer uma análise acerca das contratações licitatórias durante a pandemia da COVID-19, uma vez que a mesma trouxe vários impactos econômicos e sociais em escala mundial. Os aspectos jurídicos têm relevantes contribuições que colaboram no debate para as contratações públicas.

Diante desse cenário, a administração pública precisou se adaptar e foram criadas, no ordenamento jurídico, leis que possibilitaram o enfrentamento de emergência de saúde pública. Nesse sentido, a pesquisa estabeleceu como objetivo compreender a adaptação do setor público brasileiro às restrições impostas pela pandemia para os processos licitatórios de contratação. Ademais, serão abordados sobre o processo público de contratação e analisadas as medidas de adaptação que os entes públicos enfrentaram nos processos licitatórios.

2 – DO CONTEXTO DA PESQUISA: PANDEMIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1 – Processo Licitatório

O processo licitatório foi introduzido no Brasil por meio do Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862. Já para o período Republicano, entretanto, a consolidação para o âmbito Federal se deu através do Decreto 4.536 de 1922; os artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968; o artigo 1º da Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971; e a Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981. Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986.

Analisando a promulgação de vários decretos e leis, face às necessidades que o poder público enfrentava, só então a licitação começou a fazer parte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, foi a partir da Constituição Federal de 1988, que o processo licitatório passou a ser constitucional, tendo como obrigatório o procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços pela administração pública.

2.2- A pandemia da Covid-19 e o estado de calamidade pública

No final de 2019, na China, começou a se falar em um surto viral que continha um alto poder de contágio e o mundo se colocava em estado de alerta. No Brasil, a pandemia gerou uma necessidade de adequação no atendimento público. A dificuldade de aquisição de equipamento e medicamentos afetou tanto as entidades públicas quanto as entidades privadas. O Ministério

da Saúde demonstrou dificuldades para a aquisição de aparelhos pulmonares e insumos para combater a pandemia da Covid-19. (OMS, 2020)

A ocorrência de um dos fatores que dificultaram essas aquisições foi a burocracia na fase interna do processo licitatório, causando um efeito cascata para o âmbito público. Um dos fatores que tornaram o processo licitatório burocrático foi a alta demanda de aquisição de respiradores e insumos, de modo que a matéria prima e a comercialização não deram conta de suprir as demandas, tornando extremamente alto os preços desses equipamentos e insumos, além da forte demanda que fez com que os fornecedores ficassem sem estoque.

Assim, visando agilizar e trazer mudanças na aquisição e na relação com os fornecedores, o órgão público promoveu alterações e criação na legislação vigente. Dentre as mudanças, estão a Lei nº 13.979/2020 e a Lei nº 14.217/2021.

2.3 - As novas legislações implementadas para o combate à pandemia e os reflexos nas contratações públicas.

As novas legislações foram implementadas visando ajudar a administração pública nos processos licitatórios nas compras emergenciais em combate à pandemia. Diante dessa situação, houve a necessidade na legislação, de desenvolver uma modalidade que pudesse atender a urgência na contratação direta. Com isso, foi criada a Lei Federal nº 13.979/2020, que trata sobre a dispensa licitatória para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus – COVID-19 (BRASIL, 2020).

Nesse contexto, o Estado editou a Medida Provisória (MP) nº 1.077/2021, que foi convertida na Lei nº 14.217/2021 que trata da aquisição de bens e insumos de produção e celebração de contratos de serviços destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, Meirelles (2010) define calamidade pública como “situação de perigo e anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos”. Sendo assim, a mudança foi necessária para que a administração pública no ordenamento jurídico

pudesse alcançar e continuar celebrando o processo licitatório para suprir as necessidades da população, preservando os princípios e normas que devem ser seguidos.

Portanto, deve-se lembrar que a contratação por meio da dispensa de licitação emergencial deve seguir os requisitos previstos na lei, não podendo exceder ao pretendido, sob pena de ilícita contratação e má administração do recurso público. Dentre os requisitos, o primeiro é a justificativa e a demonstração concreta do dano à população, sendo que a contratação deve ser imediata para, assim, poder eliminar os riscos na demora na compra de equipamentos e insumos. Devem ser observadas também as regras previstas no artigo 26 da Lei 8.666/1993.

O cenário de calamidade pública deu espaço para o surgimento de oportunidades para pessoas aproveitarem da situação, assim, obtendo benefícios vantajosos com as verbas públicas. Durante o período de pandemia foram evidenciadas fraudes nos processos licitatórios, como, por exemplo, o superfaturamento de produtos e serviços. A Controladoria-Geral da União (GCU) e demais órgãos Jurídicos de controle participaram de várias operações com o intuito de averiguar fraudes e irregularidades na destinação dos recursos públicos destinados ao combate da COVID-19 em diversos estados brasileiros (CGU, 2020).

3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO LICITATÓRIO NO BRASIL

O processo licitatório no Brasil é disciplinado por normas gerais e específicas. A primeira norma a ser criada com finalidade para licitação e contratos foi Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1862, período do Brasil Imperial. Este decreto regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, foi assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador Pedro II (BRASIL, 1862).

O Decreto tinha como principais características: estipulava que o governo deveria expor amostras de bens e serviços que pretende comprar, e que, se fosse um serviço de obras, o governo deveria fornecer plantas do projeto a ser executado para consulta pública. Em muitos casos, os contratos foram apenas para a realização da obra, deixando o trabalho de engenharia

para o governo. Em geral, o procedimento era semelhante ao que hoje é conhecido como Pregão Presencial.

Portanto, este Decreto foi um momento importante na história do processo licitatório, dando início ao desenvolvimento de uma administração pública eficiente. A sociedade se beneficiou desde que várias empresas decidiram participar do processo, tornando-o financeiramente mais vantajoso. No entanto, o governo era governado pela monarquia, e, como tal, ele tinha todo o poder em suas mãos como dirigir, comandar e administrar de acordo com suas próprias regras.

No período Republicano, em 1922 foi criado o Decreto nº 4.536, este decreto organizava a contabilidade da União, mas também estabelecia condições de assinatura de contratos no que diziam respeito as licitações. O artigo 49 deste decreto dispunha sobre a obrigatoriedade da modalidade concorrência, previa a publicação do certame e todas as informações necessárias para quem tinha interesse em participar. Ademais, o decreto também tinha expresso a fase preliminar para verificar a idoneidade dos participantes. Portanto, pode-se verificar que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório estava presente. (BRASIL, 1922)

Na década de 1930, no período do governo de Getúlio Vargas, com a reforma burocrática e devido a industrialização e a intervenção do Estado, de acordo com Boschi e Dinis (2016), foi a partir deste período que surgiram novas modalidades de regulação. Dentre essas modalidades foi criado o DASP, Departamento Administrativo de Serviço Público, o objetivo desse departamento era melhorar o desempenho do Estado. Era responsável por elaborar propostas orçamentárias e assessorava a presidência da República. A função deste departamento tornou-se importante, pois era obrigatório e era realizado por intermédio de processo licitatório, tornando obrigatório os orçamentos públicos. De acordo com Gardelha “orçamento público é um instrumento de planejamento, que também é uma lei, nela estão contemplados os recursos disponíveis pelo governo, nos quais são revertidos aos serviços públicos, aquisição de bens, obras, construção de estradas e etc.” (2016, p. 11)

Já no regime militar, em 1967, foi promulgado o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, implementando no Brasil a reforma administrativa Federal, sendo o primeiro avanço no sentido de evolução do processo licitatório. Dos artigos previstos neste Decreto-Lei, em torno de 20 artigos tratavam de licitação (artigos 125 a 144). Pode observar que os Decretos

anteriores apenas previam como seria a realização de licitações. No Decreto-Lei 200/1967, era previsto a modalidade de dispensa de licitação e também previa a exigência de documentos de habilitação para participar do processo. (BRASIL, 1967)

Portanto, por ser promulgada no regime militar, eram seguidos os princípios de coordenação, delegação de competência e controle e planejamento. Entretanto, ressalta que ainda não existia democracia, pois é oriunda da Constituição Federal de 1988. Entende-se que, apesar de muito silenciosa, o Decreto-Lei norteou a construção jurídica dos processos licitatórios que hoje é regido pela Lei nº 8.666/1993. (MELAZO, 2021)

Ademais, em 1968, foi promulgado o Decreto-Lei nº 5.456/1968, que previa a aplicação do Decreto-Lei 200/1967 nos Estados e Municípios. O Decreto-Lei nº 200/1967 teve sua vigência como norma regente das licitações entre os anos de 1967 a 1986.

A Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971, também previa que tal norma também estendesse ao Distrito Federal, porém tinha a previsão de que a alienação de bens imóveis do Distrito Federal dependerá de expressa autorização em decreto do governador, conforme artigo 2º do Decreto. (BRASIL, 1971)

Em 1981 foi promulgada a Lei nº 6.946, que trava de atualizar os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplificava a organização de cadastros de licitantes, previsto no artigo 127, par[agrafos 5º e 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, conforme artigo 2º. (BRASIL, 1981)

Após o Decreto-Lei nº 200/1967, foi publicado o Decreto nº 2.300 de 21 de novembro de 1986. De acordo Rigolin:

O antigo Estatuto Jurídico das Licitações e dos Contratos Administrativos marcou profunda e definitivamente seu lugar na história do direito Brasileiro, a tal ponto que, consoante se denota, até mesmo o legislador brasileiro de 1991 a 1993 o prestigiou na mais ampla medida, elegendo-o como fonte primordial de inspiração para a Lei 8666/93. (RIGOLIN: 2008, p. 192).

O Decreto instituía o “estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica”, conforme seu artigo 1º. O artigo 3º deste Decreto tinha como objetivo somente selecionar a proposta mais vantajosa e que seriam

observados “os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”. (BRASIL, 1986)

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a CF, conhecida como carta cidadã, dando início a uma nova etapa na história do País. De acordo com Alves:

Após período de vinte e um anos de ditadura militar ostensiva e três anos de um governo civil que realizou a transição institucional, num total de vinte e quatro anos sem exercício pleno das faculdades democráticas, o advento da Constituição Federal de 1988 foi ao encontro de anseios da sociedade por um Estado que assegurasse a democracia e a cidadania (ALVES, 2017, p. 530).

Como instrumento de cumprimento dos princípios, metas e estruturas estabelecidas na CF/88, a Lei nº 2.300/1986 foi revogada pela Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações. Diferentemente das anteriores e dos Decretos e Leis citados anteriormente, a CF, veio falar em licitações e contratos e definiu que a União teria competência sobre as normas gerais.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988).

O *caput* do artigo 37 dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL, 1988)

Por seu turno, a Lei 8.666/1993, teve como objetivo formalizar e burocratizar o processo licitatório para que assim, diminuísse a corrupção administrativa. Os princípios básicos foram descritos na 1º edição da Lei:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

Posteriormente, esta redação foi alterada com a redação da Lei nº 12.349/2010, onde deveria abranger a promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 2010)

A Lei de Licitação prevê em seu artigo 22, cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Conforme Hack (2019) “a licitação é obrigatória por norma constitucional e ocorre sempre que o estado deseja contratar por algum produto ou serviço”. Também aborda sobre o agente de licitação, que pode ser um servidor público, que se responsabiliza por todas as etapas do processo licitatório e deve observar e cobrar, caso aconteçam, quaisquer atos ilícitos, trazendo segurança ao processo licitatório. (HACK, 2019, p.24)

4 – A PANDEMIA E A GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2020 falava sobre a situação de emergência de saúde pública no âmbito internacional. Esta emergência surgiu em razão do surgimento de um novo vírus que teve início na China no ano de 2019. No Brasil, em 26 de fevereiro de 2020, foi registrado o primeiro caso de COVID-19, além de outros casos diagnosticados posteriormente. (BRASIL, 2020)

Para tratar desta situação o poder público colocou-se à frente para a responsabilização da gestão de enfrentamento da pandemia. Contudo, a administração pública teve alguns conflitos morais que desafiaram a gestão pública no enfrentamento da pandemia.

Entende-se como dilema moral definido por Santos (2019) como a “[...] vivência de uma tensão entre os possíveis caminhos de ação moral na busca pela melhor decisão em determinada circunstância sendo a circunstância vista pela perspectiva daquele interagente o dilema moral”. Já na visão de Dubnick e Justice (2006), consideram que “o verdadeiro dilema para aqueles que ocupam funções públicas é a escolha entre o que se julga ser eticamente obrigatório aqui e agora é a possibilidade que a mesma decisão possa ser condenada em outro contexto”.

Ademais, de acordo Cooper (1998) “o conflito entre diferentes obrigações se configura como a forma mais típica pela qual os administradores públicos vivenciam os dilemas éticos”. A gestão pública teve que tomar medidas de enfrentamento à pandemia, uma dessas medidas foi o isolamento social como medida de prevenção para a não propagação do novo coronavírus. A decisão adotada pela administração pública afetou grande parte da população, pois a decisão de isolamento teve grande discussão sobre as restrições do direito de ir e vir

Na contratação pública, a gestão administrativa precisou tomar medidas para conseguir fazer as contratações de acordo com os princípios constitucionais. Entretanto, os órgãos da administração pública tiveram dificuldades no procedimento do processo licitatório durante a pandemia. Portanto, como forma de auxiliar e dar andamento aos processos de compra foram criados Decretos e Leis, como a Lei 13.798/2020. Em dezembro de 2020 o Senado aprovou o Projeto de Lei 4.253/2020 que substituiu a Lei 8.666/1993.

A Nova Lei de licitação 14.133/2020 trouxe um grande rol de princípios jurídicos que auxiliam e estruturam as contratações públicas, conforme artigo 5º desta Lei, que são: legalidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação, de funções da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 2021).

5 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

A pandemia foi reconhecida mundialmente pela OMS pela facilidade de expansão de forma geográfica. No Brasil, assim que identificada, foi tratada como ameaça à saúde pública, necessitando de protocolos sanitários para seu controle e combate. O índice de contágio do vírus se expandia rapidamente e a questão da falta de teste e da demora para conseguir o diagnóstico aumentava o número de casos no Brasil.

Foram criadas portarias, decreto-lei e legislações apropriadas, como é o caso da Nova Lei de Licitações citada anteriormente. Por meio de autoridade governamental, a população se submeteu a normas específicas para o momento enfrentado, necessitando de adaptação imediata por parte de todos.

Apenas para melhor compreensão das mudanças que ocorreram na legislação, as compras por meio de processo licitatório têm previsão legal a Lei nº 8.666/93, nesse cenário de pandemia de Covid-19 surgiu a necessidade da promulgação de uma nova lei que se adequasse à realidade posta, a Nova Lei de Licitações 14.133/21. Além disso, foi criada a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. De forma resumida, a tabela abaixo apresenta as principais alterações adotadas.

Diferenças Quanto	Lei 8.666/1993	Lei 13.979/2020	Lei 14.133/2021
Obrigatoriedade do processo licitatório	Para aquisição de bens, serviços e insumos.	É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.	Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
Prazo	180 dias consecutivos e ininterruptos contados da data que se iniciou a	Até seis meses podendo ser prorrogado (artigo 4º, h) vinculado à vigência da lei.	O prazo foi aumentado para 1 ano e foi acrescentada a proibição de recontração de empresa anteriormente contratada com base no mesmo dispositivo.

	emergência.		
Empresas proibidas de licitar	Proibição completa da ação de licitar ou contratar com o Poder Público.	Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público	Proibição completa da ação de licitar ou contratar com o Poder Público. Artigos 155 e 156.

Fonte: Brasil (1993; 2020; 2021)

6 – DAS COMPRAS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DO COVID-19

O presente trabalho apresenta um comparativo de preços de aquisição em órgãos da administração pública, um rol exemplificativo de 6 itens de medicamentos destinados às medidas de enfrentamento ao Covid-19.

A pesquisa foi realizada no site Portal da Transparência MG, site de acesso livre, conforme Instrução Normativa (IN) nº 73, de 5 de agosto de 2020, que dispõem sobre os procedimentos para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral e a Lei Federal nº 12.527/2011 que regulamenta o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas.

O estudo será realizado por meio dos tipos quantitativo, qualitativo, analítico, retrospectivo, estudo de caso e documental. A pesquisa foi realizada abrangendo o estado de Minas Gerais, no período de 2019 a 2021, no âmbito das compras e contratações referentes à saúde pública. Serão analisados os processos licitatórios, sendo levados em consideração itens, quantidades, valores e prazos.

O Portal Transparência MG mostra os valores homologados das compras realizadas pelos órgãos estaduais. O objetivo deste levantamento de valores registrados de itens destinados ao enfrentamento da Covid-19 é demonstrar, quantitativamente, o impacto na cadeia logística gerada pela pandemia com o desequilíbrio da relação de oferta e demanda conforme demonstrado nas tabelas e gráficos abaixo:

Tabela I – evolução dos preços de medicamentos em 2019

2019	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Heparina	9	9	9	0	4,15	4,15	4,15	0	15,97	15,97	15,97	15,3
Midazolam	1,05	1,05	1,05	1,2	1,05	1,2	10,5	1,2	2,2	2,94	2,94	1,27
Norepinefrina	1,73	1,73	1,73	1,73	1,73	1,73	1,73	1,74	1,89	1,74	1,74	1,74
Azitromicina	0,39	0,42	0,39	20,1	0,42	0,39	20,1	20,1	6,56	0,46	21,16	0,46
Atracurio	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	6,8	0	0
Pancuronio	4,9	4,9	4,9	0	4,9	4,9	4,9	4,9	4,9	5,1	5,1	5,1

Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

Tabela II – evolução dos preços de medicamentos em 2020

2020	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Heparina	15,3	15,3	15,3	4,33	4,33	15,3	4,33	15,3	4,33	0	0	0
Midazolam	2	6,5	1,37	6,5	6,5	1,62	1,62	19	1,37	3,71	6,5	6,5
Norepinefrina	7,74	7,74	6	6	7,74	7,74	6,88	6,88	6,8	0	6	5,68
Azitromicina	1,5	1,1	41,9	41,9	41,9	41,9	41,9	41,9	41,9	7,37	41,9	4,77
Atracurio	12,42	0	45,1	45,1	0	0	45,1	17,79	0	19,18	19,18	0
Pancuronio	7,7	7,7	7,7	7,7	0	0	9,68	0	9,68	9,68	0	0

Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

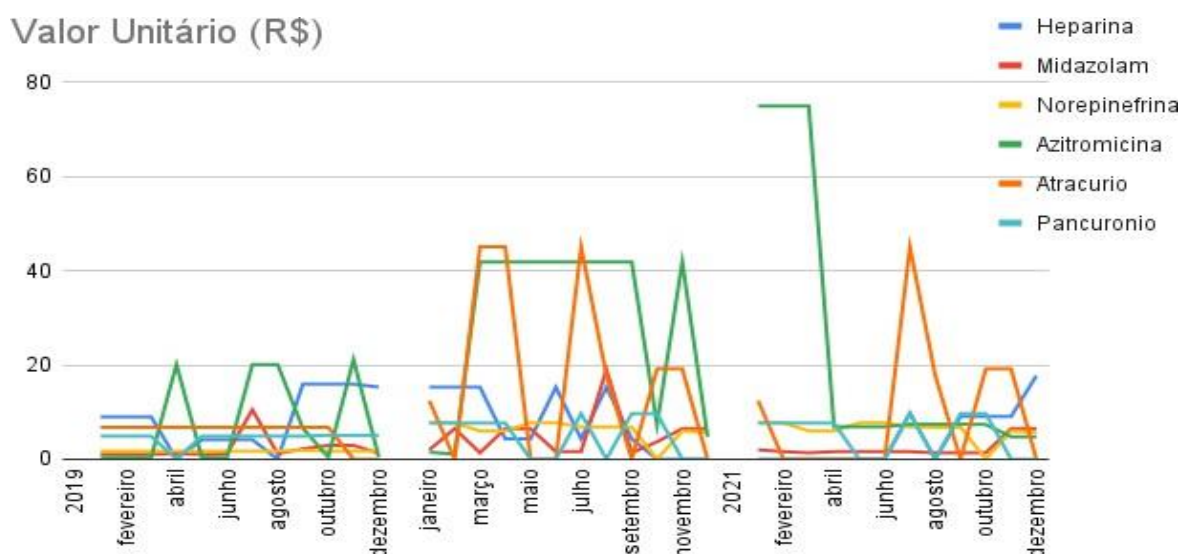
Tabela III – evolução dos preços de medicamentos em 2021

2021	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Heparina	0	0	0	0	0	0	9,8	0	9,08	9,08	9,08	17,74
Midazolam	2	1,62	1,37	1,62	1,62	1,62	1,62	1,37	1,37	1,37	6,5	6,5
Norepinefrina	7,74	7,74	6	6	7,74	7,74	6,88	6,8	6,8	0	6	5,68
Azitromicina	75	75	75	6,9	6,9	6,9	7,43	7,43	7,43	7,37	4,77	4,77
Atracurio	12,42	0	0	0	0	0	45,1	17,79	0	19,18	19,18	0
Pancuronio	7,7	7,7	7,7	7,7	0	0	9,68	0	9,68	9,68	0	0

Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

A pesquisa foi dividida em 3 anos, de 2019 a 2021, com objetivo de avaliar os impactos dos processos de compra, antes, no início e durante a pandemia.

Conforme os gráficos abaixo é possível observar uma variação nos preços destes medicamentos no período de 2019 a 2021. Os meses em que se encontra com zero, demonstra que não houve homologação para o processo de compra realizado, devido a falta do medicamento no mercado.



Fonte: FREITAS (2022); GALDINO (2022).

Portanto, os dados apresentados comprovam que os órgãos da administração pública, no geral, apresentaram dificuldades para executar os processos de compras. Dessa forma teve como resultado, maior custo e dificuldades aos gestores em garantir a celeridade destes processos.

Conforme demonstrado no tópico 2.3, a administração pública criou Decretos e Legislações que pudessem facilitar e agilizar a execução dos processos de compra no período de pandemia. Dessa forma, foi possível a contratação das compras emergenciais para atendimento da população. Entretanto, as compras deveriam seguir a previsão legal.

Para a sociedade brasileira, é fundamental que tenham ciência de como ocorre o processo licitatório em situações de urgência e emergência no âmbito administrativo.

O setor público brasileiro enfrentou adaptações inesperadas em relação às restrições impostas pela pandemia para os processos licitatórios de contratação. Dessa forma, foram

necessárias mudanças que tornassem mais rápidos e eficientes os procedimentos de forma geral. Assim sendo, alterações em questões de valores, especificidades, modelos e prazos foram inseridas, para que o processo licitatório tivesse maior eficácia em seus objetivos.

7 – CONCLUSÃO

Nesta pesquisa foi apresentado a importância do processo licitatório, a responsabilidade e legalidade que se deve ter na escolha da modalidade que será o processo de compra ou prestação de serviços.

O presente trabalho teve como objetivo avaliar os impactos jurídicos na licitação em meio a pandemia.

O processo de licitação é realizado pela administração pública e é regulamentado por normas específicas. As licitações são um meio de processo de aquisição e é mantida nas definições das normas constitucionais para que haja o direito de participação e transparência a todos os interessados, protegendo, desta forma, o interesse da coletividade.

No período de pandemia vivenciou-se extrema gravidade, não apenas no Brasil, mas em todo mundo. O Estado, buscando meios para enfrentar este período, promulgou uma lei válida para que as compras emergências para enfrentamento do coronavírus fossem rápidas.

Diante da temática foi feita uma pesquisa no período de 2019 a 2021 para analisar as compras de urgência feitas pela administração pública. Os resultados demonstraram que nos anos de 2020 e 2021 os preços de todos os itens pesquisados apresentaram preços significativamente superiores aos registrados em 2019.

Foi observado grande dificuldade na execução dos processos de compras. As leis 13.789/2020 e 14.217/2021 tiveram grande efetividade para enfrentar de forma rápida e legal as dificuldades deste período. Entretanto, deve-se observar que mesmo neste período deve ser usado os princípios de igualdade e moralidade nos atos administrativos. Portanto, o ato de julgar uma licitação deve ser observado os princípios constitucionais para a garantia da sua aplicação, desta forma buscando sempre satisfazer o interesse coletivo.

Por fim, a Nova Lei de Licitação foi criada para atender as mudanças no cenário atual da Administração Pública, desta forma adequar com as novas tecnologias pós pandemia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alex Cavalcante. **A profissionalização do serviço público na vigência da Constituição Federal de 1988**. BDA – Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, ano 33, n. 6, p. 530-546, junho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988.

_____. **Controladoria Geral da União**. CGU monitora aplicação dos recursos federais repassados a estados e municípios. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/coronavirus/cgu-monitora-aplicacao-dos-recursos-federais-repassados-a-estados-e-municipios>. Acesso em: 01 mar. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967**. Estabelece normas para contratação de obras e para revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal.

_____. **Decreto lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. **Decreto lei 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.

_____. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o Código de Contabilidade da União, 28 jan. 1922.

_____. **Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968**. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. **Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971**. Dispõe sobre normas relativas às licitações e alienações de bens do Distrito Federal.

_____. **Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981**. Atualiza os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplifica a organização de cadastros de licitantes e dá outras providências.

_____. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Diário Oficial da União, 06 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Diário Oficial da União, 01 de abril de 2021.

_____. **Lei nº 14.217, de 13 de outubro de 2021.** Diário Oficial da União, 13 de outubro de 2021.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Diário Oficial da União, 22 de junho de 1993.

_____. **Ministério da Saúde do Brasil.** (2020). Painel Coronavírus. Recuperado de <https://covid.saude.gov.br/>

BOSCHI, R.; DINIZ, E. **Estado e Sociedade no Brasil.** Única e. Rio de Janeiro. INCT/PPED. 2016.

COOPER, T. L. (1998). **The Responsible Administrator: an Approach to Ethics for the Administrative Role.** 4th ed. São Francisco, CA: Jossey-Bass.

DUBNICK, M. J., & Justice, J. B. (2006). **Accountability and the Evil of Administrative Ethics.** *Administration & Society*, 38(2), 236-267.

GARDELHA, Sergio Ricardo de Brito. **Introdução ao Orçamento Público.** Módulo 1. ENAP ed. Brasília. 2017.

HACK, Érico. **Licitações e Contratos Administrativos.** Ed. 1. Curitiba: Intersaberes. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo: De acordo com a Lei 8.666/93, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELAZO, Ana Karolina Aragón Buiate. **Licitação: como o princípio da impossibilidade, competitividade e proporcionalidade no âmbito das obras públicas,** 2021. Disponível em: < <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/33347>> Acesso em: 05 de mai. de 2022.

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

WHO. World Health Organization. **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak** [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2020 [cited 2020 Mar 3]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> Acesso em: 01 mar. 2022.

RIGOLIN, Ivan Barbosa, Marco Tullio Bottino – Manual prático das licitações: (lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, 7ª ed. rev, 2008, São Paulo)

SANTOS, L. S. (2019). **A ética da gestão pública à luz da abordagem da racionalidade: os dilemas morais vivenciados na gestão de riscos e desastres em Santa Catarina.** (Tese de Doutorado). Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DIVULGAÇÃO DE *FAKE NEWS* NOS MEIOS ELETRÔNICOS

CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE DISCLOSURE OF *FAKE NEWS* IN
ELECTRONIC MEDIA

Roberta Azevedo Dias

robertaa-dias@hotmail.com

<https://lattes.cnpq.br/6679384116542750>

Isabella Lacerda Caires

isabellalacerdacaires@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2752400131114407>

Anne Vitória Leal Silva

vitoriaboc@hotmail.com.br

<http://lattes.cnpq.br/2448933462826256>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

RESUMO: O presente artigo tem o intuito de avaliar a responsabilidade civil pela divulgação de *Fake News* nos meios eletrônicos, uma vez que tal matéria ganha visibilidade no cenário hodierno, inclusive no que tange ao contexto eleitoral. Nessa perspectiva, é imprescindível a discussão acadêmica a fim de desmistificar essa crise epistemológica. A metodologia adotada foi a exploratória e descritiva, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, além de apresentar como método de procedimento o histórico e estruturalista para melhor condução da pesquisa e alcance dos resultados conjecturados. Já como técnica de pesquisa tem-se a bibliográfica documental em virtude do uso de livros, jurisprudências, leis e artigos. Assim sendo, ao ponderar o conceito de *Fake News* face ao cenário hodierno, bem como aferir os limites às liberdades de expressão e de imprensa delimitou-se a responsabilização cível em decorrência desse problema de ordem pública, seja de forma individual, seja com os veículos de imprensa e os provedores de internet.

Palavras-chave: *Fake News*. Responsabilidade civil. Meios eletrônicos.

ABSTRACT: This article aims to evaluate the civil liability for the dissemination of *Fake News* in electronic media, since this matter gains visibility in today's scenario, including with regard to the electoral context. From this perspective, academic discussion is essential in order to demystify this epistemological crisis. The methodology adopted was exploratory and descriptive, with a deductive, inductive and dialectical approach, in addition to presenting the historical and structuralist method of procedure to better conduct the research and reach the conjectured results. As a research technique, there is the documentary bibliography due to the use of books, jurisprudence, Laws and articles. Therefore, when considering the concept of fake news in the face of today's scenario, as well as assessing the limits to freedom of expression and of the press, civil liability was

delimited as a result of this public order problem, either individually or with the media, press and internet providers.

Keywords: Fake news. Civil responsibility. Electronic media.

INTRODUÇÃO

Desde o marco civil da internet até os dias atuais, verifica-se um crescimento exponencial de informações e conexões interpessoais, que possibilitou ainda mais a globalização. Nesse sentido, fica evidente que uma das causas da expansão das relações pessoais é a criação e uso das redes sociais, que permitem um contato maior e mais rápido entre as pessoas de diversas partes do mundo. Com isso, aquilo que era corriqueiro nas relações interpessoais presenciais, agora é presente de forma online, tanto no que tange aos atos lícitos e ilícitos. Portanto, as normas que se referem à responsabilidade das ações humanas são também aplicáveis às relações construídas online, de maneira que além da liberdade de expressão e de imprensa que alcançam esse modelo, de forma ainda mais expressiva, principalmente no que cerne às opiniões e manifestações políticas e *Fake News* disseminadas, a responsabilidade civil também deve ser aplicada, tanto em sua teoria subjetiva quanto objetiva, para assegurar o cumprimento das garantias e deveres previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, o presente trabalho abordará elementos de análise voltados para os aspectos que incluem como estudo preliminar a estrutura e as tendências da responsabilidade civil, principalmente no que cerne ao uso excessivo da liberdade de expressão e de imprensa em relação às *Fake News* utilizadas, que geram abuso de direito, especificado no Código Civil como ato ilícito. Nesse sentido, o problema da pesquisa é esclarecer de que forma há a responsabilização cível em face das *Fake News* em meios eletrônicos.

O tipo de pesquisa utilizado foi exploratório e descritivo, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, enquanto o método de procedimento foi histórico e estruturalista, com técnicas de pesquisa documentais, utilizando de leitura de materiais como artigos, trabalhos prévios e revisões literárias a fim de esclarecer algum conceito relevante.

O objetivo geral é compreender a responsabilidade civil pela divulgação de *Fake News* nos meios eletrônicos, bem como os limites entre a liberdade de expressão e de

imprensa, enquanto o específico é analisar o que é a liberdade de expressão e de imprensa e seus limites, bem como o sistema de freios e contrapesos.

UMA ANÁLISE DO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO EM FACE DO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DE *FAKE NEWS*

A presente pesquisa tem o fito de analisar o dever jurídico secundário em face das *Fake News*. Tal contexto ganha visibilidade no cenário contemporâneo à medida que discute as liberdades constitucionais, bem como as diligências jurisdicionais em prol do combate e da responsabilização em âmbito cível. Nesse sentido, não se pode olvidar da imprescindibilidade de conceituar o objeto de estudo para melhor compreender as tratativas deste.

“A mentira contada mil vezes se torna uma verdade” esse ditado de Joseph Goebbels, responsável pela divulgação midiática nazista, remete a intenção por trás da propagação de notícias inverídicas. Tal questão das *Fake News* dialoga com o livro 1984 de George Orwell, uma vez que a partir da distopia engendram-se um governo totalitário. A manipulação da língua, dos fatos históricos e até da própria ciência servem de elementos essenciais aos interesses que destoam dos ideais democráticos. Assim, nota-se a relevância da discussão e atuação jurídica para dirimir essa problemática do século XXI para que haja a aplicação normativa e a readequação do direito à realidade fática.

Enquanto, Tânia Padrão (2019, p.183) discute as *Fake News* sob perspectiva daquela declaração falsa produzida com propósito estratégico, bem como tem repercussões "relacionadas à liberdade de expressão, à neutralidade da rede, ao direito à informação, à remoção rápida de conteúdo falso, ao uso massivo de robôs online simuladores de ações humanas (*bots*)", dentre outras. João Figueira e Silvio Santos (2019, p.9) define “em dois planos básicos: no bombardeio a médio prazo, constante e intermitente, através de blocos monolíticos de pensamento [...] e na ação pontual em momentos decisivos por meio do massacre volumoso de posts”.

Há uma multiplicidade de conceitos uma vez que *Fake News* se enquadra na polissemia. Dessa maneira, vale mencionar a dimensão da facticidade e a dimensão intencional, enquanto a primeira diz respeito ao âmbito da realidade fática das produções, a segunda refere-se ao intuito do responsável pela divulgação com a intenção de ludibriar e forjar visando os interesses próprios.

Esse fenômeno, apesar de hodierno, perfaz desde a antiguidade. Seja na manipulação de imagens pela União Soviética visando excluir os chamados de inimigos do governo. Seja no contexto nacional no que tange às eleições entre Eurico Gaspar Dutra e Eduardo Gomes com a divulgação de falácias a respeito deste último.

Outrossim, no século VI houve um caso em que o historiador bizantino Procópio escreveu um livro sobre histórias secretas com veracidade duvidosa, visando arruinar a reputação de um imperador Justiniano. Assim, nota-se a manipulação das informações com inclinações individuais. Nos Estados Unidos as falácias foram efetivadas também na eleição de Barack Obama (PADILHA, 2019).

Ademais, a pós-verdade segundo a Academia Brasileira de Letras é uma informação que distorce deliberadamente a verdade, essa nomenclatura foi eleita a palavra do ano em 2016 pelo dicionário Oxford. E a propagação deliberada desemboca na crise epistemológica que envolve a perda da capacidade de verificação daquilo que de fato é verdadeiro. Nessa perspectiva, a *Fake News* na era da pós-verdade ganha um dinamismo maior, vez que excede a inverdade, e busca forjar a realidade utilizando os artefatos virtuais. Assim, é mister salientar que com a globalização e a informatização esse fenômeno ganha não apenas proporção, mas também impactos negativos abrangentes.

A pós-verdade se desdobra em dois elementos, perspectivismo e relativismo. Enquanto a primeira parte do pressuposto que existem várias perspectivas, logo defender uma verdade absoluta seria negar as demais, o que afasta das necessidades pragmáticas da vida em sociedade. Já o segundo, pauta na ideia de que não há verdade factual logo há a possibilidade de várias interpretações, haja vista a inexistência de uma realidade. Tais elementos são perceptíveis na disseminação de *Fake News*.

As notícias falsas, apesar de não serem um fenômeno novo, ganharam proporção com o advento da internet. Em razão disso, a pesquisa de 2018 do Instituto Mundial de Pesquisa (IPSO) informou que cerca de 62% dos brasileiros admitem ter acreditado em *Fake News*, bem como usam o *Whatsapp* como fonte de notícia. Sendo assim, é perceptível a vulnerabilidade da população às notícias inverídicas (HUMPRECHT, 2018).

A divulgação por meios eletrônicos criptografados obsta a fiscalização e dificulta a identificação do responsável pelas inverdades. Não se pode olvidar, da utilização de *bots* na disseminação. Essa exposição maciça às informações corrobora com o

falseamento da realidade que por vezes é discutida sob o ponto de vista da ideologia pessoal.

Muito se discute acerca do comportamento emocional vinculado às *Fake News*. Tal comportamento emocional de determinado grupo leva a sistemática de circulação dos conteúdos. Dessa maneira, os consumidores buscam não apenas algo que diz respeito aos próprios pontos de vista, como um viés de confirmação do interesse pessoal, mas também a tendência de ceticismo em relação a percepção da realidade como correta, estigmatizando os outros como desinformados.

Esse compartilhamento desmedido, segundo o estudo do *New York Times*, pauta-se na questão de status e a emoção que envolve o ato de compartilhar. O que está imerso ao imaginário das redes sociais e das crenças enraizadas, em que há distanciamento do mundo real para o virtual, essa noção deixa as pessoas suscetíveis às notícias falsas.

Nessa toada, as *Fake News* ganharam visibilidade no ano de 2016 nas eleições estadunidenses. Isso devido à exacerbada divulgação de notícias falsas contra a candidata Hillary Clinton, tal cenário ameaçou até o processo eleitoral e democrático na época. Suzane Vasconcelos (2019) assenta sobre o fato:

O fenômeno das *Fake News* não é algo novo, mas seu interesse cresceu desde a eleição de Donald Trump como 45º presidente dos Estados Unidos (HIRST, 2017:82). Antes desse momento as *Fake News* eram mais restritas a explorar incidentes marcantes, a exemplo: “o chamado dossiê de WMD que precipitou a invasão do Iraque em 2003 e nossa compreensão de publicações satíricas como *The Onion*, ou ao trabalho de radiodifusores cômicos como Jon Stewart e Stephen Colbert (Hirst, 2011)” (HIRST, 2017:82). Como se observa do antes e depois das eleições estadunidenses de 2016, houve um certo divisor de águas no estilo das *Fake News* mudando o padrão corrente (BEZERRA, 2019, p.221).

Segundo o Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT, na sigla em inglês) as *Fakes News* espalham 70% mais rápido do que as verdadeiras. Com isso, são compartilhadas por serem mais sensacionalistas ou vinculadas a um ideal próprio de determinado grupo. Portanto, a desinformação por ausência de educação digital intensifica tal processo (PADILHA, 2019).

As consequências são danosas à sociedade ao levar em consideração a amplitude das falácias. Essa pulverização pode retardar investigações policiais, ameaçar as instituições democráticas, influenciar negativamente a cidadania da nação, punir de forma injusta determinadas pessoas e demais efeitos por vezes irreversíveis. O caso da mulher em São Paulo em 2014, espancada até a morte após a postagem de suposta sequestradora,

ou a intensificação da crise dos *rohingya* em 2012 após publicação de vídeos inverídicos de guerras antigas, ilustram tal problemática (BBC, 2021).

Ante o exposto, em âmbito jurídico há danos e há responsabilização à integridade psíquica, à imagem e demais, conforme o Código Civil de 2002. Ao analisar o caso concreto, por vezes, é até cabível a capitulação jurídica referente aos crimes eleitorais, o que será abordado ao longo do presente trabalho.

Nesse ínterim, notório se faz o marco civil da internet que visa estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, bem como acerca da determinação de diretrizes para a atuação do Estado. Todavia, percebe-se a ineficiência deste e a necessidade de atuação do poder judiciário, em razão da não aplicação, por exemplo, em âmbito eleitoral no presente ano com a divulgação de inverdades, as quais influenciam no resultado do pleito.

As propostas de intervenção para dirimir esse problema tem-se não apenas a aplicação da Lei nº 12.965/14, mas a responsabilização cível. A questão da responsabilização transcende o social e é vislumbrado no âmbito jurisdicional, como entende o Tribunal Superior Eleitoral:

EMENTA: ELEIÇÕES 2016. PLEITO SUPLEMENTAR. WHATSAPP. GRUPOS DO APLICATIVO. MENSAGENS OFENSIVAS. CANDIDATO AO CARGO DE PREFEITO. DISSEMINAÇÃO DE CONTEÚDO APÓCRIFO. ART. 57-D, CAPUT E § 2º, DA LEI 9.504/97. INFRAÇÃO. ANONIMATO CONFIGURADO. RECURSOS PROVIDOS. RESTABELECIMENTO. SENTENÇA. MULTA. INCIDÊNCIA. [...] O art. 57-D da Lei das Eleições assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato durante a campanha eleitoral, por intermédio da rede mundial de computadores – internet – e por outros meios de comunicação interpessoal por meio de mensagem eletrônica. Por sua vez, o § 2º do mesmo dispositivo estabelece que "a violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)". A norma visa coibir a disseminação de conteúdos apócrifos, o que se verifica especialmente em aplicativos de mensagens instantâneas, cada vez mais utilizados pelo público em geral, inclusive para a republicação de informações falsas e sem autoria conhecida – as chamadas Fake News – , situação que tem repercutido significativamente no contexto das campanhas eleitorais. [...] CONCLUSÃO: Recursos especiais providos, a fim de reformar o acórdão regional, para restabelecer a sentença que julgou procedente a representação eleitoral e aplicou aos representados multa individual no valor de R\$ 5.000,00, em face da contrariedade ao art. 57-D e aos §§ 2º e 3º da Lei 9.504/97 (Tribunal Superior Eleitoral, 0600024-33.2019.6.20.0006. REspEI - Recurso Especial Eleitoral nº 060002433 - CEARÁ-MIRIM – RN. Acórdão de 17/02/2022. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação:DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 36, Data 07/03/2022).

Em virtude do apresentado, observa-se a crise epistêmica do século XXI em que ultrapassa atos e se desdobra em um problema de ordem global. Com isso, é indispensável o desempenho da sociedade, do governo, do poder legislativo, da segurança pública com

melhor aparelhamento e uso da inteligência artificial e principalmente do poder judiciário. À vista disso, a pesquisa intenta relacionar a atuação dos operadores do direito em face da responsabilização no que concerne às *Fake News*.

Nota-se a necessidade da alfabetização midiática e informacional em tempo de *Fake News*. Ao considerar essa imprescindibilidade remete-se o pensamento de Paulo Freire (1980) sobre a educação dialógica até mesmo no cenário digital, uma vez que as diligências do poder executivo são ineficientes a longo prazo. Assim, é relevante desmistificar e informar a população com fontes verdadeiras da educação digital. O que não escusa a responsabilidade das pessoas em se informarem, uma vez que se trata de uma problemática pública.

No poder legislativo observa-se a criação de medidas assecuratórias como a CPMI das *Fake News* em 2019. Essa preocupação surge com base na pesquisa DataSenado (2022) onde aponta que 45% das pessoas decidiram seu voto com base em informações obtidas em redes sociais. Tal contexto reitera a divulgação massiva de informações. Além disso, há uma proposta de criação da Lei nº 2.630/2020, a qual é responsável pela ampliação da transparência na internet e repressão às *Fake News*. Ao levar em consideração essas atribuições alçadas a eles, nota-se a competência de checagem das informações.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES

A liberdade de expressão é um direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), mais especificamente no artigo 5º, que trata dos direitos e das garantias fundamentais.

Tal direito, não é tratado em apenas um inciso, uma vez que se verifica a abordagem dessa temática sob vários aspectos e interpretações ao longo de toda a constituição, que visa a liberdade do homem como algo fundamental a ser respeitado, uma vez que é um ser expressivo de ideias e valores.

A título de exemplo, o artigo 5º, inciso IX, traz uma norma de eficácia imediata, em que diz que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). Entretanto, o abuso desse direito, vem de todos os lados, independente do posicionamento político. Dentre esses excessos da utilização da liberdade de expressão, temos o ataque à imagem

e a honra, acompanhada de discursos de ódio, argumentos preconceituosos e discriminatórios contra a crença de outrem.

Outrossim, ainda sob essa perspectiva, a CRFB/1988 traz em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, de forma a assegurar o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, fato este que garante uma eventual responsabilização civil caso esses preceitos sejam violados.

No artigo 187 do CC/02, tem-se a descrição do que viria a ser considerado um abuso de direito, que seria a prática de um ato ilícito quando o titular de um direito que, ao exercê-lo, ultrapassasse os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Desse modo, a ofensa aos direitos personalíssimos por excesso de liberdade de expressão configura um ato ilícito, que como qualquer outro, gera uma responsabilidade e um dever de reparar o dano causado. Ainda dentro desse direito material, o artigo 186 considera um ato ilícito a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole um direito e cause um dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Ainda de encontro com essa ideia, dentro do Estado Democrático de Direito, realidade atual do Brasil, tem-se o princípio da proporcionalidade que traz a técnica de solução de conflitos principiológicos, uma vez que se tratando de interesses conflitantes, terá de ser feito um balanceamento de normas dentro de um caso concreto. Por isso é necessário que quando houver um conflito de princípios em que há um abuso de direito, seja aplicado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade por autoridades competentes, de forma que não se torne censura, pois esta reprime a sociedade a ponto de deixar seus integrantes oprimidos, o que, de acordo com famoso psiquiatra Bruno Lamoglia (2020), só aumenta o conflito entre as pessoas dessa sociedade, que precisam ser ouvidas e compreendidas.

Dessa maneira, a limitação da liberdade de expressão, se feita de forma errônea e radical, além de ferir um direito fundamental, pode gerar revoltas ainda maiores. Em contrapartida, o excesso dessa garantia constitucional também gera um abuso de direito e torna a sociedade hostil, violenta, e desorganizada, em que não há limite e respeito por outrem. Portanto, é necessário organizar e equilibrar a aplicação dessas garantias fundamentais e constitucionais para que continuem atendendo ao bem-estar social e mantendo a ordem pública.

O direito da personalidade é baseado na dignidade da pessoa humana, que explora a relação entre particulares. São direitos que preservam a integridade física, psíquica e moral dentro da individualidade de cada pessoa. Esses direitos possuem um rol exemplificativo, ou seja, não exaustivo, pois tem um número ilimitado de hipóteses, como diz Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p.25): “[...] são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos [...]”. Dentro deste amplo tema, temos o direito à honra (calúnia, injúria e difamação), à imagem, à vida privada, ao nome, dentre tantos outros.

LIBERDADE DE IMPRENSA E SEUS LIMITES

A liberdade de imprensa está ligada ao direito de acesso à informação, nesse sentido, a Constituição Federal também tem alguns incisos que permitem a criação e acesso à diversas fontes informacionais, como livros, jornais, podcasts, documentários, tudo isso sem interferência do Estado. Além disso, ainda há leis infraconstitucionais que regulam essa garantia, de forma que não haja qualquer abuso de direito tanto no sentido do excesso quanto da restrição da liberdade de imprensa, e que não fira os demais princípios da atual CRFB/1988.

Atualmente, está em vigor a Lei de Liberdade de Imprensa, Lei 2.083/1953, que permite a publicação e circulação de jornais ou meios similares dentro do território nacional. Assim, no artigo 1º dessa lei, diz que: “É livre a publicação e a circulação no território nacional de jornais e outros periódicos” (BRASIL,1953). Entretanto, assim como qualquer outro direito e garantia dentro de um Estado Democrático de Direito, não é ilimitado, ou seja, vai haver controle no que tange ao uso excessivo desse direito. Para isso, foi criada restrições ao uso dessa liberdade, como diz o artigo 220, da CFRB/1988, que compete às leis federais essa limitação, como é o caso de regular o horário e faixa etária permitidos, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

É importante dizer que o artigo 5º, inciso X, da CFRB/1988 traz a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano moral ou material em decorrência de sua violação.

Nesse sentido, aquele que difama, calunia ou injuria outros, usando da palavra escrita ou verbal, como ocorre no discurso de ódio, pode ser responsabilizado civil ou criminalmente pelas consequências de seus atos. Nesse sentido, vale ressaltar que, assim como a liberdade é prevista nas leis constitucionais, a dignidade humana também é, não sendo permitido a agressão à honra alheia.

Como em todo direito e dever há exceções, tem que se falar da possibilidade de críticas às pessoas públicas, bem como autoridades, desde que não declarem inveridicamente a imputação de crimes ou fatos desabonadores, como é o caso das *Fake News*, termo amplamente utilizado atualmente no cenário de eleições e nos meios propagadores de informações.

Um exemplo clareador dessas ideias é a pessoa que, ao utilizar do seu direito de liberdade de expressão, traz manifestações antidemocráticas, principalmente no maior meio difusor de informações: as redes sociais, de forma a incitar a intolerância e a violência que são condutas que ferem os princípios constitucionais.

Nesse sentido, para o zelo e a proteção do Estado Democrático de Direito é necessário que o abuso de direito seja reconhecido e responsabilizado, nas esferas civil, penal e administrativa.

SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Na obra “O Espírito das Leis”, Montesquieu (2010) trouxe, no período da Revolução Francesa, a teoria da Separação de Poderes, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos. Nesse sentido, seria necessária a existência de três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, que juntos conseguiriam afastar governos absolutistas e autoritários, de forma a evitar um governo com normas tirânicas. Nesse sistema, cada poder é autônomo, porém poderiam ser controlados entre si, de forma que um poder do estado estaria apto a controlar os abusos do outro para manterem o equilíbrio e a harmonia.

No artigo “Considerações sobre a teoria do sistema de freios e contrapesos” da Juíza do TJDFT Oriana Piske e do acadêmico de direito Antônio Benites Saracho:

O Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, de administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o Sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes

para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo, assim, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. Para que o abuso de poder não ocorra, é necessário que "o poder freie o poder"(PISKE; SARACHO, 2018)

Portanto, o sistema de freios e contrapesos contém os abusos causados pelos outros poderes quando se resulta num conflito de interesses, como forma de manter o equilíbrio e a harmonia em cada caso concreto. Verifica-se, então, a semelhança dessa teoria com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, que pondera a aplicação de princípios em cada caso concreto com o objetivo de evitar abusos e hierarquias de princípios, direitos e deveres.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

De acordo com o artigo 927 do Código Civil de 2002, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Nesse sentido, a responsabilidade civil constitui a consequência do dano causado pelo ato ilícito, a qual atribui ao autor a obrigação de repará-lo.

Trata-se de uma restauração de equilíbrio com o objetivo não só de punir aqueles que praticam a ilicitude, mas também de servir como exemplo para a sociedade. Este instituto compõe-se de pressupostos para que seja aferida a sua existência, sendo estes a conduta do agente, o dano à vítima, o nexo causal e a culpa (GONÇALVES, 2022).

Em regra, a responsabilidade será subjetiva, configurando aquela a qual a culpa (i.e.: imperícia, imprudência e/ou negligência) do autor é observada. No entanto, o agente também pode obter responsabilidade objetiva pelo ato ilícito efetuado, a qual não se afere a culpa do agente (GONÇALVES, 2022). Sob essa ótica, expõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Logo, aqueles envolvidos na produção e divulgação das *Fake News* podem ser responsabilizados civilmente pelos seus atos, uma vez que ferem os direitos fundamentais da pessoa humana. Na esfera digital, a responsabilidade pode se dissipar para além do autor, se alastrando para o veículo de transmissão bem como aos provedores da internet de acordo com o caso concreto.

RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

Conforme o inciso X, artigo 5º, do texto constitucional, a produção de informações falsas pode incitar dano à honra ou, até mesmo, ao direito à privacidade e à imagem a depender do conteúdo. Isto posto, havendo a certeza do dano e a violação de direitos personalíssimos do ofendido, a vítima pode buscar a sua reparação no âmbito civil atribuindo ao agente o dever de indenizá-la. De mesmo modo, é visto este entendimento na jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. RESPONSABILIDADE PELO EXCESSO IMPUTADA A POSTERIORI. COLUNA DE FOCAS. ESPECULAÇÃO FALSA ACERCA DE PATERNIDADE DE PESSOA FAMOSA. OFENSA A DIREITO DE PERSONALIDADE. CONFIGURAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO. ADEQUAÇÃO.

1. Conforme se extrai do voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 4.815/DF, "o dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro". 2. A liberdade de imprensa - embora amplamente assegurada e com proibição de controle prévio - acarreta responsabilidade a posteriori pelo eventual excesso e não compreende a divulgação de especulação falsa, cuja verossimilhança, no caso, sequer se procurou apurar. 4. Gera dano moral indenizável a publicação de notícia sabidamente falsa, amplamente divulgada, a qual expôs a vida íntima e particular dos envolvidos. 5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais quando este se mostrar ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que o valor foi estabelecido na instância ordinária de forma desproporcional à gravidade dos fatos. 6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(STJ - REsp: 1.582.069 RJ, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 16/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2017)

Malgrado a liberdade de expressão confira aos indivíduos o direito de livre manifestação do pensamento, o agente que informa e divulga informações falsas responde pelo excesso de suas alegações no cenário em que causar dano à moralidade do ofendido. Ademais, a publicação a qual expõe a vida privada da vítima também gera dano moral indenizável, devendo ser analisado no caso concreto.

Adicionalmente, tem-se a possibilidade de punição do autor na esfera criminal conforme tipifica os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal referentes aos crimes contra

a honra: calúnia, difamação e injúria, respectivamente. A respeito dos referidos dispositivos, dispõe o artigo 953 do Código Civil:

A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (BRASIL, 2002).

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao ofendido a possibilidade de reparação do dano sofrido em ambas as esferas jurídicas de forma a assegurar o valor da honra e reputação.

RESPONSABILIDADE DA IMPRENSA

Frente o exposto, nos casos em que há ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, podem ser responsabilizados não somente os autores da ofensa como também aqueles que contribuíram para a sua divulgação (GONÇALVES, 2022).

De acordo com o doutrinador Antônio Jeová Santos (2001), nos casos relativos aos *information providers* (provedores da informação), estes podem ser responsabilizados pela disseminação das *Fake News* pois, uma vez que alojam o conteúdo em seu veículo, assumem o risco de eventual ataque ao direito personalíssimo de terceiro, sujeitando-se à indenização por dano moral (GONÇALVES, 2002).

Anteriormente, interpretava-se a responsabilidade da imprensa com base na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), a qual previa a liberdade de imprensa e a punição daqueles que praticarem abusos no seu exercício. Entretanto, em seus artigos 51 e 52, a lei também permitia o arbitramento do dano moral em até duzentos salários-mínimos, o qual configurava um limite ao valor da indenização.

Observou-se então uma incompatibilidade do dispositivo com a CFRB/1988, a qual preconiza o princípio da indenizabilidade irrestrita (conforme o artigo 5º, incisos V e X). Diante disso, com o julgamento da ADPF n. 130, a Lei de Imprensa foi revogada pelo STF, o qual determinou a sua suspensão integral. Assim, nos casos referentes à responsabilização da imprensa, os intérpretes do direito deveriam basear-se na Constituição Federal e nos Códigos Civil e Penal para julgar ações movidas contra os meios de comunicação e jornalistas.

Ante este cenário, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 221, dispôs: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela

imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (STJ, 1999). Ademais, o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros apregoa que o publicista deve pautar-se pela veracidade dos fatos na produção e divulgação de informações (FENAJ, 2007).

Diante disso, com o aumento da divulgação de *Fake News* no contexto atual, tem-se visto entendimento semelhante sendo aplicado pelos tribunais sobre os casos em que, em aparente confronto com a liberdade de expressão e imprensa, haverá dever de indenizar a vítima por ofensa a direitos personalíssimos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROGRAMA DE RÁDIO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA FALSA. RESPONSABILIDADE DO AGENTE E DO VEÍCULO TRANSMISSOR. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE REPRODUÇÃO DE NOTÍCIA JÁ VEICULADA POR OUTROS CANAIS COM REFERÊNCIA ÀS FONTES. FATO QUE NÃO EXCLUI O DEVER DE AVERIGUAR A VERACIDADE DO FATO. ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. DIREITO DE RESPOSTA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. QUANTUM ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Aquele que veicula notícia jornalística tem o dever de verificar a veracidade dos fatos informados, especialmente se tal notícia tem cunho desonroso e capacidade de abalar a imagem de outrem. - Ao veicular, erroneamente, que o Apelado havia sido preso pela Polícia Federal, sem confirmar, previamente, a veracidade do fato com o órgão responsável pela suposta prisão, sem dúvidas, o Apelante extrapolou o direito de informação. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 01018518520128152001, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. LEANDRO DOS SANTOS, j. em 24-04-2018)

Desse modo, atribui-se à imprensa um dever de agir de acordo com a moral de forma a inibir a disseminação de fatos inverídicos que causem danos a terceiros, sob o risco de responsabilidade civil de natureza subjetiva e solidária com o autor do conteúdo.

RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET

No que se refere aos provedores de internet muitas são disparidades entre as jurisprudências a respeito da temática, as quais moldaram de forma paulatina o entendimento atual. Anteriormente à regulamentação do Marco Civil da Internet (MCI), argumentava-se tanto para uma isenção da responsabilidade quanto para uma responsabilização subjetiva ou objetiva do provedor por conteúdo de terceiros.

Outrossim, discutia-se também se a responsabilização dependeria ou não de uma prévia notificação extrajudicial ou judicial.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o sistema do *notice and take down*, o qual dispõe a necessidade de notificação extrajudicial do provedor de serviços para retirada de qualquer conteúdo que seja ilícito. Logo, caso inerte quanto à notificação, o provedor poderia ser responsabilizado solidariamente com o autor do ilícito pelo respectivo dano causado.

No entanto, com a Lei n. 12.965/2014, foram estabelecidos direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, bem como representou uma nova normatização sobre a responsabilidade dos seus provedores quanto a conteúdos inseridos por terceiros. O dispositivo consagrou o princípio da inimputabilidade da rede, o qual, segundo o Comitê Gestor da Internet, preconiza a punição dos responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte frente a ilícitos na internet (CGI, 2009).

Nesse viés, no artigo 19º, a Lei do Marco Civil da Internet menciona:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

De acordo com a norma, seria então necessária a inércia do provedor perante uma notificação judicial para caracterizar a sua responsabilidade por conteúdos ilegais divulgados pela internet. Todavia, tal previsão contraria o posicionamento jurisprudencial anterior desenvolvido pelo STJ, o qual se contentava tão somente com a inércia perante a notificação extrajudicial para imputar a responsabilidade ao provedor.

À vista disso, a referida Corte apresentou o entendimento de que, para ilícitos cometidos anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil, seria aplicado o sistema do *notice and take down*. Por outro lado, tem-se a prevalência do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014 para os casos ocorridos na vigência do MCI, conforme os termos da jurisprudência:

(...) a regra a ser utilizada para a resolução de uma dada controvérsia deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes. Para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte. No entanto, após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da

notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet (STJ - REsp: nº 1892249 – RJ, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJe 21/09/2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da internet, a disseminação das *Fake News* tornou-se mais constante, sobretudo com a utilização das redes sociais como meio de informação. Com isso, observa-se uma preocupação no ordenamento jurídico brasileiro em regulamentar desse assunto tão atual.

Pelo exposto, é visto que o texto constitucional assegura aos indivíduos a liberdade de expressão como forma de garantir o direito da livre manifestação de pensamentos e divulgação de informações. Todavia, nos casos em que a narração inverídica gerar dano à honra, imagem, intimidade e a vida privada de terceiros, pode-se verificar judicialmente o uso indevido desse direito.

Nesse cenário, se faz necessária a ponderação de garantias mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade pelas autoridades judiciárias a fim de analisar, no caso concreto, o confronto entre a liberdade de manifestação do autor e a integridade da honra e imagem do ofendido. Sequencialmente, uma vez verificado o abuso de direito, os sujeitos envolvidos na produção e disseminação das *Fake News* se tornam responsáveis pela reparação do dano causado.

No âmbito civil, a divulgação de especulação falsa acarreta a responsabilização do autor por eventual excesso que gere dano à moralidade do ofendido. Nessa hipótese, nos termos da jurisprudência dos tribunais superiores e dispositivos legais, admite-se a condenação por danos morais indenizáveis.

Outrossim, o papel da mídia na transmissão de notícias se demonstra fundamental para garantir o acesso à informação pela população. A liberdade de imprensa, assegurada pela CRFB/1988, permite a difusão de ideias pelos meios de comunicação em massa e inibe a censura de modo a preservar o princípio democrático.

No entanto, no meio midiático, tem-se visto notícias cujo caráter sensacionalista se apoia na falsidade dos fatos. Diante desse contexto, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os veículos midiáticos são civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano na esfera cível de forma solidária com o autor do escrito, uma vez verificado abuso da livre expressão e ofensa a terceiros.

Há de se observar ainda que a responsabilização civil pela divulgação das *Fake News* pode ser transmitida para os provedores de internet, nos casos em que, após notificados, não retirarem o conteúdo ofensivo da plataforma. Nesse sentido, anteriormente ao Marco Civil da internet, a jurisprudência contentava-se com a inércia frente à notificação extrajudicial para caracterizar o dever jurídico secundário aos provedores.

Com o advento da Lei n. 12.965/2014, consagrou-se o princípio da inimputabilidade da rede, com o fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. Por conseguinte, mudou-se a interpretação no sentido de que só poderiam ser responsabilizados civilmente os provedores de internet por danos gerados por terceiros se descumprissem ordem judicial específica para retirada do conteúdo. Assim, para os casos ocorridos após o MCI, prevaleciam os entendimentos jurisprudenciais baseados no referido dispositivo legal.

Conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem criando novos mecanismos a fim de mitigar o dano causado pelas *fake news* aos direitos individuais. Observa-se a presença de dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que visam punir civilmente os autores e meios de transmissão pelo conteúdo ilícito compartilhado. Contudo, a divulgação de notícias falsas ainda possui grande alcance na sociedade atual, o que evidencia um desafio para a garantia da proteção dos direitos dos ofendidos e a prevenção de abusos da liberdade de imprensa e expressão de forma a não constituir censura à informação.

REFERÊNCIAS

BBC. Facebook: como a rede social se tornou peça central na crise política de Myanmar. BBC News, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55944504>. Acesso em: 29 de out. 2022.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (orgs). **Combate às Fake News.** São Paulo: Editora Posteridade, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01 de nov. 2022.

BRASIL. Lei 2.083, de 12 de novembro de 1953. Regula a Liberdade de Imprensa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Institui o **Marco Civil da Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL, Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953. **Lei da Liberdade de Imprensa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20livre%20a,moral%20e%20os%20bons%20costumes. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial. Nº 1.342.640**. São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data do Julgamento: 07/02/2017. Data de Publicação: Dje 14/02/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/433489504/relatorio-e-voto-433489530>. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1.582.069**. Ação de indenização por danos morais. Liberdade de imprensa. Responsabilidade pelo excesso imputada a posteriori. Coluna de fofocas. Especulação falsa acerca de paternidade de pessoa famosa. Ofensa ao direito de personalidade. Configuração. Valor da indenização. Diminuição. Adequação. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 16/02/2017. Data de Publicação: DJe 29/03/2017. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2017-02-16;1582069-1606237>. Acesso em: 03 de Nov. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1892249**. Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Publicação: DJe 21/09/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1296270782/decisao-monocratica-1296270795>. Acesso em: 29 de out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. - **Acórdão/Decisão do Processo Nº01018518520128152001**. 1ª Câmara Especializada Cível, Relator Des. Leandro dos Santos, julgamento em 24/04/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pb/804449205>. Acesso em: 31 de dez. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os limites da liberdade de expressão**. USP. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao->. Acesso em: 31 de out. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Resolução CGI.br/RES/2009/003/P**. Dispõe sobre os princípios para a governança e uso da internet no Brasil. São Paulo (SP): 2009. Disponível em: <http://www.cgi.br/principios/>. Acesso em: 30 de out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **A Divulgação de Notícias Falsas e as Possibilidades de Responsabilização**. Editora JusPODIVM, 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/11/divulgacao-de-noticias-falsas-e-possibilidades-de-responsabilizacao/>. Acesso em: 27 de out. 2022.

FARIA, Igor Carvalho Ulhôa. **Noticeand Take Down: Ponderações sobre o Sistema**. Revista Brasileira de Prática Jurídica. Vol. 3. Págs. 118-130. Mar/2022. Disponível em: <https://rbpj.direito.ufmg.br/index.php/rbpj/article/view/5>. Acesso em: 29 de out. 2022.

FIGUEIRA, J. & Santos, S. (Orgs.), **As Fake News e a Nova Ordem (Des)Informativa na era da Pós-Verdade**, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 283 pp., ISBN: 978-989-26-1777-0
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Vitória: 04 de agosto de 2007.

FLUMINGNAM, Wévertton Gabriel Gomes. **As fake news à luz da legislação brasileira**. Revista Científica Disruptiva: 2020. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/67/106>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

FONSECA, Rafaela Pereira; RAVACHE, Rosana Lia. **O problema da “Fake News” na era da informação**. Disponível em: <https://www.periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/view/1636/1767>. Acesso em: 31 de out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro 4 – Responsabilidade Civil**. Volume 4. 17ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

HUMPRECHT, Edda. (2018), **“Where ‘Fake News’ Flourishes: A Comparison across Four Western Democracies”**. Information, Communication & Society, v. 22, n. 13, pp. 1973-1988.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. FREITAS, Viviane Gonçalves. AGGIO, Camilo de Oliveira. SANTOS, Nina Fernandes. **Fake News e o Repertório Contemporâneo de Ação Política**. Scielo: 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/M47Czv8v8HzwQ6DKjBqJvjg/?lang=pt>. Acesso em: 29 de out. 2022.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução: Alexandre Hubner, Heloisa jahn; posfácio Erich Fromm, Ben Pimlott, Thomas Pynchon.

PADILHA, Paulo Roberto; ABREU, Janaina (orgs). **Paulo Freire em tempos de fake news**. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2019.

PARANÁ, Tribunal da Justiça. **O perigo das fake news**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnIqe/content/o-perigo-das-fake-news/14797?inheritRedirect=false. Acesso em: 31 de out. 2022.

PARENETE, André. **Fake news, marco civil da internet e Constituição Federal**. SEDEP. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/fake-news-marco-civil-da-internet-e-constituicao-federal/>. Acesso em: 28 de out. 2022.

PISKE, Oriana. SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 31 de out. 2022.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. Ed. Lejus. Dano moral na internet. Ed. Método, 2001.

SENADO. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado**. Fonte: Agência Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em: 29 de out. 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. **Responsabilidade Civil de Provedores na Rede: Análise da Aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça**. Revista IBERC. Minas Gerais. Vol. 1. N. 1. Págs. 01-28. Nov-Fev/2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/issue/view/1>. Acesso em: 29 de out. 2022.

**A IMPOSSIBILIDADE DE PRONÚNCIA BASEADA EM
ELEMENTOS INFORMATIVOS**
THE IMPOSSIBILITY OF PRONUNCIATION BASED ON INFORMATIONAL
ELEMENTS

Carlos Vinnicius Gonçalves Silva
<http://lattes.cnpq.br/2832370931288385>

Moisés Bento Lacerda Neto
<http://lattes.cnpq.br/0256186203573613>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo suscitar reflexões sobre o recente *overruling* (alteração do entendimento jurisprudencial) do Supremo Tribunal Federal em relação à impossibilidade de pronúncia em julgamentos de competência do Tribunal do Júri, baseada somente em elementos informativos produzidos durante o inquérito policial, e as novas perspectivas para a consolidação de tal entendimento na prática. Para tanto, foram analisadas as características da fase sumária do procedimento do Júri e os institutos que compõem a decisão de pronúncia para, finalmente, formular críticas a respeito dos dogmas presentes na decisão de pronúncia. O trabalho utiliza técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, destacando dispositivos da Lei Processual Penal e o pensamento de parcela da doutrina nacional sobre a temática, além de estudo acerca das decisões jurisprudenciais. O objetivo do trabalho é analisar os principais fatores que propiciaram o recente *overruling* no entendimento dos tribunais superiores sobre a impossibilidade de impronúncia baseada somente em elementos informativos produzidos em sede de investigação policial, sendo essencial o aprofundamento e debate acerca do tema, uma vez que jurisprudencialmente a matéria ainda não se encontra pacificado verticalmente nos tribunais estaduais e em juízos de 1ª instância.

Palavras-chave: Processo Penal; Tribunal do Júri; Pronúncia; Elementos Informativos.

ABSTRACT: This article aims to bring reflections on the recent *overruling* (change in the jurisprudential understanding) of the Federal Supreme Court, in relation to the impossibility of pronouncement in judgments of competence of the Jury Court, based only on evidence produced during the police investigation, and the new perspectives for the consolidation of such an understanding in practice. In order to do so, the characteristics of the Jury procedure of the first phase were analyzed. The institutes that make up the pronouncement decision, to, finally, formulate criticisms about the dogmas present in the pronouncement decision. The work uses bibliographical and documentary research techniques, highlighting provisions of the Criminal Procedure Law and the thinking of part of the national doctrine on the subject, in addition to studying jurisprudential decisions. The objective of this work is to analyze the main factors that led to the recent *overruling* in the understanding of the superior courts about the impossibility of dismissal based only on informative elements produced in the police investigation, being essential the deepening and debate on the subject, since jurisprudentially the matter has not yet been vertically pacified in state courts and lower courts.

Keywords: Jury Court; Pronunciation; Inquisitive Evidence.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é um dos sistemas mais antigos da história do ocidente. Nesse sentido, é válido ressaltar que as civilizações mais antigas possuíam procedimentos semelhantes às vigentes atualmente. No Brasil, a Constituição de 1988 foi linear para definir a participação popular e a oxigenação do judiciário; todavia, durante a primeira fase do Júri, procedimento legislado pela técnica e competente a um Juiz togado, foram criados institutos que sobrepujam o bem social aos direitos individuais do acusado.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os principais fatores que propiciaram o recente *overruling* no entendimento dos tribunais superiores sobre a impossibilidade de impronúncia baseada somente em elementos informativos produzidos em sede de investigação policial. Sendo assim, o estudo reclama maior aprofundamento, porquanto mesmo com a pacificação do entendimento nos tribunais superiores, ainda são proferidas decisões em sede de tribunais estaduais e em 1ª instância, gerando sentenças não só em desacordo com a jurisprudência dominante mas em afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal.

A origem do debate ocorre principalmente pela decisão liminar proferida durante a análise do HC Nº. 712098 – MG, que teve como Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, e suspendeu às pressas a realização de uma sessão do Tribunal do Júri por intermédio da aplicação do novo entendimento adotado pelas instâncias superiores.

O cerne do problema surge quando os magistrados optam por levar os acusados a julgamento com base somente em elementos de prova colhidos durante a fase investigativa; isto é, no momento em que ainda não prevalece o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, indícios são considerados presunções.

O método utilizado para o desenvolvimento do presente trabalho foi o dedutivo, através da análise bibliográfica, buscando em trabalhos, livros, artigos e revistas científicas, sítios eletrônicos e monografias, embasamento para a pesquisa. Além disso, foi realizada uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores de modo a evidenciar a consolidação da mudança do entendimento jurisprudencial.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri é um dos institutos mais antigos existentes na história da humanidade. Isso porque sua origem advém da Magna Carta da Inglaterra, do ano de 1215. Existiam, em algumas das principais civilizações antigas, determinados júris semelhantes aos que se notam atualmente.

Nesse sentido:

o Tribunal dos Vinte e Três, o qual teve origem na Palestina, nas vilas onde houvesse populações superiores a 120 famílias, era previsto cortes responsáveis pelo Julgamento de processos criminais que poderiam resultar em penas de morte. Os membros que compunham a Corte eram escolhidos entre os padres, levitas e os chefes das famílias mais renomeadas. (NUCCI, 2015, p. 56-57)

A sociedade grega possuía o Tribunal de Heliastas desde o século IV a.C., o qual tinha competência comum, reunia-se em praça pública, servia como jurisdição plena e era composto por cidadãos representantes do povo. Na sociedade de Esparta, os Éforos (juízes do povo) possuíam atuação conforme a de Heliastas (NUCCI, 2015, p. 59).

Durante o período do Iluminismo, houve uma popularização da utilização do Tribunal Popular como forma de combater os métodos autoritários existentes durante o regime monárquico, especialmente após a Revolução Francesa ocorrida em 1789. Assim, houve uma aceitação desse modelo, seguindo os ideais de liberdade e democracia semeados em toda a Europa:

Após a Revolução Francesa, de 1789, tendo por finalidade o combate às ideias e métodos esposados pelos magistrados do regime monárquico, estabeleceu-se o júri na França. O objetivo era substituir um Judiciário formado, predominantemente por magistrados vinculados à monarquia, por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais republicanos. A partir disso, espalhou-se pelo resto da Europa, como um ideal de liberdade e democracia a ser perseguido, como se somente o povo soubesse proferir julgamentos justos. Relembremos que o Poder Judiciário não era independente, motivo pelo qual o julgamento do júri apresentava-se como justo e imparcial, porque produzido por pessoas do povo, sem a participação de magistrados considerados corruptos e vinculados aos interesses do soberano. (NUCCI, 2020, p. 57)

A adoção do Júri no Brasil ocorreu em 1822, por meio da Lei de 18 julho, anteriormente à data da independência (7 de setembro do mesmo ano) e à primeira

Constituição brasileira (1824). Nesse contexto, “a positivação do procedimento do Júri ocorre com o Brasil ainda sob os domínios da corte portuguesa e, diferentemente, da competência atual, os crimes previstos para análise do Júri eram os crimes contra a honra praticados pela imprensa.” (RANGEL, 2019, p. 536).

Outrossim, somente com o advento da Constituição de 1824 houve a transformação do Júri em um órgão jurisdicional, instaurando a responsabilidade mista com o dever de realizar o julgamento de causas cíveis e criminais, como ocorria na Inglaterra (CUNHA W.; PINTO, 2018, p. 21).

O Tribunal do Júri nos moldes atuais foi reconhecido somente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do art. 5º, inc. XXXVIII, alíneas a, b, c e d; salientando também seus princípios fundamentais, quais sejam: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
- (BRASIL, 1988)

Seguindo o mesmo raciocínio, o Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) estabelece de maneira taxativa em seu art. 74 os crimes que serão pertinentes privativamente à análise do “Tribunal do Povo”, quais sejam os delitos estabelecidos nos arts. 121, §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126, 127 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), na forma consumada ou tentada. Salienta-se a importância do Tribunal do Júri, pois o julgamento de outros crimes poderá ser absorvido - desde que exista conexão com o crime doloso contra a vida - e pode ser destinada aos jurados responsabilidade para reconhecer sobre o mérito de crimes diversos (BRASIL, 1941).

Diferentemente de como foi pensado em sua composição inicial, atualmente o Tribunal do Júri é composto pelo Juiz-Presidente e por um Conselho de Sentença. O Conselho de Sentença é formado por sete jurados leigos, ou seja, por pessoas do povo, que serão escolhidas por intermédio de um procedimento previsto em lei. O Juiz Presidente já é um servidor do poder judiciário, integrante da carreira; assim, a

consideração de juiz togado. É dever do Juiz-Presidente atuar na direção e condução de todo o procedimento, bem como exarar a sentença após os componentes do conselho de sentença apresentarem suas conclusões por meio dos quesitos (LESE, 2019, p. 2).

Mesmo com a existência de inúmeras críticas ao sistema do Tribunal do Júri, o constituinte de 1988 o incluiu dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tomando grande importância perante o cenário do Estado Democrático de Direito. “Assim, tal sistema concomitantemente oxigena o judiciário e possibilita a participação popular.” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 81).

Todavia, não obstante as inúmeras discussões levadas a cabo ao longo da sua história, o constituinte de 1987-88 incluiu o tribunal do júri entre os direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhe, portanto, grande importância no atual cenário do Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer que o júri deve ser entendido como um importante mecanismo democrático, precisamente porque permite o resgate de uma dimensão tão cara ao direito e à realização da justiça: a participação popular. Aliás, não se pode olvidar que o direito frequentemente lida com questões cuja resolução encontra eco não na dogmática jurídica, mas sim na cultura de determinada época. É aí que o povo, no conselho de sentença, cumpre a função de oxigenar o Judiciário, prestigiando teses inovadoras como a inexigibilidade de conduta diversa (pense-se, por exemplo, no aborto) ou mesmo para novos contornos na legítima defesa, como o banimento da tese da legítima defesa da honra nos casos dos assim chamados “homicídios passionais”. (IBID, 2013, p. 813).

Canotilho afirma, de forma concisa, que a instituição do júri tem caráter de Direito Fundamental, não podendo ser confundido com mera regra de competência “na medida em que passa a ser considerado uma garantia dos direitos individuais e coletivos”. Neste sentido, “é inegável o caráter inovador do Júri, pois fomenta a participação de todas as classes sociais no julgamento dos seus pares.” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 404).

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRIMEIRA FASE DO JÚRI

É necessário ter em mente que o Tribunal do Júri é escalonado em duas fases, existindo uma primeira fase preliminar preparatória e, posteriormente, uma fase definitiva. “A primeira fase é baseada em uma avaliação de admissibilidade, e debruça-se especialmente no julgamento da denúncia. Na sequência, há a fase definitiva, sendo o momento em que os jurados serão competentes por dar fim ao procedimento.” (BONFIM, 2019, p. 776).

O procedimento do Tribunal do Júri é bifásico ou escalonado, compreendendo uma fase preliminar, preparatória, seguida de uma fase definitiva. A fase

preparatória volta-se ao julgamento da denúncia, resultando em um juízo de admissibilidade da acusação. A fase definitiva, em contrapartida, tem por fim o julgamento da causa, transferindo aos jurados o exame da procedência, ou improcedência, da pretensão acusatória. O *judicium accusationis* tem como marco inicial o recebimento da denúncia e termina com a decisão de pronúncia. O *judicium causae*, por sua vez, inicia-se com a preclusão da decisão de pronúncia e termina, após as alegações orais, com a votação do questionário e a prolação da sentença. Há, portanto, um juízo de formação da culpa (*judicium accusationis*), ao qual sucede um juízo da causa (*judicium causae*). (IBID, 2019, p. 776-777)

Assim, a primeira fase busca analisar a culpa do acusado, sendo denominada comumente de instrução preliminar. Esta é semelhante ao procedimento do rito ordinário no processo penal, todavia, sem existir participação popular. Neste momento, a fase de acusação (ou *judicium accusationis*) trata sobre a possível existência de delito competente ao julgamento do Tribunal do Júri, sendo ele o doloso contra a vida (MENEGHEL *et al.*, 2019, p. 44).

Todavia, o legislador buscou evitar que todos os crimes que tiverem o resultado morte (ou tentativa) sejam destinados automaticamente à competência do Júri, e também evitou-se submeter ao crivo do Júri as pessoas que vieram a cometer o delito em uma situação que a lei exclui a punibilidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal etc.) (MENEGHEL *et al.*, 2019, p. 44).

Nessa fase, existe somente uma aferição do preenchimento dos pressupostos, por meio do qual o juiz deverá admitir ou rejeitar a acusação; sem, contudo, analisar o mérito da causa. Será julgado admissível o “*ius accusationis*”, verificando a presença do *fumus boni iuris* e admitindo todas as acusações que preencherem pelo menos uma possibilidade de procedência (LIMA, 2020, p. 1449).

Findada a fase de instrução do processo, são possíveis quatro tipos de decisões do Juiz; as quais serão demonstradas posteriormente, sendo elas: absolvição sumária, impronúncia, desclassificação e, por último - e objeto deste trabalho - a pronúncia do acusado. A seguir, abordaremos brevemente cada uma delas, para então adentrar no mérito da discussão, qual seja a decisão de pronúncia.

Dentre as decisões possíveis, a primeira que trataremos brevemente é a absolvição sumária. Após as alterações dadas pela lei 11.689/2008, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) previu em seu art. 415 a possibilidade da absolvição sumária, podendo o juiz inocentar o requerido quando: provada a inexistência do fato; provado não ser o réu o autor ou partícipe do fato; o fato não constituir infração penal ou caso tenha sido demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime (LESE, 2019, p. 3).

Seguindo os estudos, uma possibilidade existente findada a primeira fase do Tribunal do Júri é a ocorrência da impronúncia. A impronúncia pode ser conceituada como uma decisão interlocutória mista terminativa; interlocutória, pois não recai sobre o mérito, não definindo se o requerido é culpado ou inocente; mista, porque coloca fim a uma das fases da ação; e, por último, terminativa, dado que extinguirá a demanda antes de seu ponto derradeiro (LIMA, 2020, p. 1449).

Desse modo, vejamos o art. 414 do CPP:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado. Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova. (BRASIL, 1941)

Em suma, a impronúncia pode ser considerada como a decisão de rejeição da destinação do acusado à avaliação do conselho do Júri, pois não foram demonstrados elementos suficientes que convençam o magistrado da existência do fato, ou indícios suficientes de autoria ou participação. “Não existe sequer o *fumus boni iuris*, ou seja, a possibilidade do desfecho favorável ao pleito da pretensão punitiva do Estado.” (CAPEZ, 2018, p. 656).

Nessa perspectiva, conforme Lese (2019, p. 4), é necessário que o julgamento ocorra baseado na certeza, seja pela impronúncia ou pela pronúncia. A impronúncia é um instituto que pode ser definido como uma espécie de meio termo, assegurada pelo princípio da presunção de inocência. Tal decisão, assim como a pronúncia - que será tratada em momento cabível -, não deve ser fundamentada sem moderação; e deve ser necessariamente demonstrada de forma clara e detalhada pelo Juiz, pois acontecerá somente nos casos em que ocorrer o esgotamento de instrução probatória realizada em contraditório e com a ampla participação de todos os interessados (OLIVEIRA, 2017, p. 333).

Cabe ressaltar que a decisão de impronúncia não configura automática absolvição do delito que está sendo acusado, sendo esta situação uma grande indefinição criada, visto que é incerto o cometimento do crime. Ao não decidir em favor do réu, é criada uma pendência; um estado de incerteza e insegurança processual. “O processo poderá ser reaberto, posteriormente, desde que seja descoberto prova nova. A extinção será resolvida somente quando for decretada a extinção da punibilidade.” (RANGEL, 2019, p. 583-584).

Se as provas foram colhidas, respeitado o devido processo legal, com seus corolários principais (ampla defesa e contraditório), não se encontrando suficiência de elementos para encaminhar o caso a julgamento de mérito pelo juízo natural da causa (o Tribunal Popular), o indicado seria a absolvição. Perdeu-se a oportunidade de sanar esse estranho meio termo, que torna a impronúncia uma sentença provisória, algo inconciliável com o processo penal democrático almejado pela Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2018, p. 167)

Por conseguinte, antes de adentrarmos no cerne do debate, há a situação da desclassificação, devendo ser mencionada apenas a título de esclarecimento. A desclassificação ocorre nas situações em que, não concordando com a classificação expressa na denunciada, o Juiz poderá corrigir a inicial (*emedantio libelli*, art. 383, CPP), adequando ao que lhe parecer mais correto. Essa correção independe da realização de novas diligências, considerando que o réu se defende dos fatos imputados, e não da classificação realizada na inicial.

Por fim, no contexto do mérito do debate, há a decisão de pronúncia. É o marco do acolhimento provisório pelo Juiz primevo da pretensão acusatória, destinando o julgamento do mérito à apreciação do Júri. Trata-se, assim, de uma decisão interlocutória não terminativa de caráter misto, que deverá preencher os requisitos do art. 413 do Código de Processo Penal (LIMA, 2020, p. 1469).

Dessa maneira, vejamos o texto do art. 413 do Código de Processo Penal: "Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação" (BRASIL, 1941).

Ainda que seja uma decisão interlocutória, a pronúncia deverá ser estruturada tal como uma sentença, ou seja, deverá conter o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O Relatório é a exposição dos fatos que iniciaram o processo, considerando o lapso temporal, a partir da denúncia até as argumentações prestadas nas alegações finais; a fundamentação deve constar as razões pelas quais o magistrado julgou viável submeter o feito à apreciação do Júri; e o dispositivo é o artigo (ou artigos) em que o acusado foi incurso (NUCCI, 2015, p. 78).

O Juiz deverá pronunciar o réu se estiver convencido da ocorrência do crime e de indícios suficientes de autoria, devendo expressar os motivos de seu convencimento. Até o ano de 1941, ano em que houve a promulgação do Código de Processo Penal, as legislações anteriores exigiam, além da prova da materialidade delitiva, a existência de

“indícios veementes” de autoria; expressão que foi substituída por “indícios suficientes”, redação que foi mantida no atual Código (BONFIM, 2017, p. 791-792).

Em relação ao convencimento da materialidade do fato, conforme demonstrado no art. 413, caput, do CPP, deve existir prova plena de sua ocorrência; assim, deve-se ter certeza e entendimento absoluto de que ocorreu um crime doloso contra a vida. Isto posto, é inadmissível ocorrer a pronúncia do requerido quando o juiz não tiver certeza da existência material do crime (LIMA, 2020, p. 1470).

Para que ocorra a pronúncia, devem existir indícios veementes e convincentes, não sendo plausível basear a pronúncia apenas na mera suspeita. “É tarefa do Juiz, e cabe somente a ele, a obrigação de apontar a existência de indícios suficientes do crime e da autoria.” (TOURINHO FILHO, 2018, p. 213).

Quando o art. 413 faz alusão à presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, não é possível interpretar que, em caso de dúvidas quanto à participação do acusado na prática delituosa, deverá pronunciar o indivíduo sumariamente. Os indícios no CPP são definidos como prova semiplena, ou seja, aquela que possui valor menos persuasivo e mais tênue (LIMA, 2020, p. 1470).

2.3 AS PROVAS NÃO JUDICIALIZADAS E O IMPÉRIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

O cerne do problema é a utilização apenas do inquérito ou de elementos informativos produzidos em etapa extraprocessual, sem a observação do contraditório como base para pronunciar o acusado. É necessário salientar que o inquérito policial deveria, em tese, funcionar como uma garantia de acusado:

O inquérito policial é um procedimento administrativo preparatório da ação penal, conduzido pela polícia judiciária, tendo por finalidade formar a convicção do órgão acusatório, no sentido de oferecer ou não a denúncia ou queixa. Na realidade, o inquérito deveria ser uma garantia ao acusado de que não será processado sem haver elementos mínimos para tanto, devidamente demonstrados pelas provas coletadas. Atualmente, entretanto, sofreu abalo na sua finalidade precípua. Tornou-se um instrumento que, apesar de formar um conjunto probatório pré-processual, sustentáculo da denúncia ou da queixa, também tem oferecido ao órgão acusatório, principalmente, elementos produzidos fora do contexto das garantias da ampla defesa e do contraditório, a serem utilizados, em juízo. Este tem sido o seu desvio de finalidade. (NUCCI, 2018, p. 101)

Podemos citar o art. 155 do CPP, redação dada pela Lei 11.690/2008, no qual é determinado que o juiz deverá formar sua convicção pela apreciação das provas produzidas perante o contraditório judicial, sendo ilegítima a decisão fundamentada apenas conforme análise dos elementos informativos produzidos durante a fase investigativa; com ressalva para as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, as quais poderão ser utilizadas como base para fundamentar a decisão. (BRASIL, 1941)

Vale salientar que a posição aqui defendida não é de contrariar todo o trabalho realizado pela polícia judiciária durante a fase investigatória.

A própria legislação não cria qualquer empecilho que o juiz considere as provas provenientes do inquérito policial, mas é obrigatório que tais provas estejam acompanhadas de elementos produzidos, durante a na instrução processual, período em que vigoram o contraditório e a ampla defesa. (CUNHA, 2021)

Todavia, perante a ocorrência de dúvida em relação à autoria, a jurisprudência aceitou a utilização de um conceito extremamente maléfico ao devido processo legal, denominado de *in dubio pro societate*. “O *in dubio pro societate* está fundamento na tese de que, havendo dúvidas quanto à existência do crime ou em relação à autoria ou participação, o magistrado deverá optar sumariamente pela pronúncia do acusado.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1254).

Assim, era o entendimento que vigorava:

LIMITE COGNITIVO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

Na primeira fase do procedimento do tribunal do júri prevalece o princípio *in dubio pro societate*, devendo o magistrado, na decisão de pronúncia, apenas verificar a materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 413 do CPP). Assim, a verificação do dolo eventual ou da culpa consciente deve ser realizada apenas pelo Conselho de Sentença. Precedentes citados: EDcl no REsp 192.049-DF, DJ 29/3/1999; AgRg no REsp 1.008.903-RS, DJe 24/11/2008; HC 118.071- MT, DJe 1º/2/2011; REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008; HC 44.499-RJ, DJ 26/9/2005, e AgRg no REsp 1.192.061-MG, DJe 1º/8/2011. REsp 1.279.458-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/9/2012. (REsp 1279458 / MG, Relator: Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Data de julgamento: 04/09/2012, Data de publicação: DJe 17/09/2012).

Acerca desse item, é necessário abordar alguns traços da origem do termo *in dubio pro societate*, tendo em vista que é um instituto difundido em toda a jurisprudência nacional, mesmo não sendo reconhecido pela Magna Carta de 1988; além disso, este também contraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Fato é que inexistente disposição constitucional ou infraconstitucional que autorize

o emprego deste instituto como meio de resolução de dúvidas no encerramento da primeira-fase do Tribunal do Júri.

Para compreender de forma plena a origem do princípio do *in dubio pro societate*, é necessário fazer menção aos sistemas processuais existentes, ao sistema acusatório e ao inquisitorial. Nesse sentido, é imprescindível fazer breves considerações sobre os dois principais sistemas processuais existentes.

O sistema inquisitorial nos leva a Instituição do Santo Ofício, no século XIII, que foi concebido para reprimir a heresia e todas as condutas que eram contrárias aos interesses da Igreja Católica; estrutura que existiu até o início do século XIX e foi amplamente criticada pelos ideais humanistas e libertários defendidos pela Revolução Francesa (FERNANDEZ, 2018, p. 38).

Assim, o sistema inquisitorial foi estabelecido a partir da ideia de que a concentração de poderes estaria nas mãos dos juízes, senhores soberanos; inexistindo contraditório e ampla-defesa. Naquela época, ocorria uma disparidade de armas e oportunidades, e toda ação penal era monopolizada pelo Estado. É necessário ressaltar que o sistema inquisitorial é considerado primitivo, pois o processo não é dotado do princípio do contraditório. Além disso, inexistente liberdade de acusação, considerando que o juiz está convertido como acusador e julgador. É tradição do modelo inquisitório o modelo escrito, mediato, disperso e sigiloso de seus atos (LOPES JUNIOR, 2020, p. 56).

Um ponto importante para que não exista confusão no entendimento e pareça que o discurso aqui desenvolvido é baseado na demonstração de que o sistema inquisitorial foi criado por indivíduos insuficientes de intelecto ou tiranos, deve-se ter em mente que naquela época o sistema inquisitorial era produto de racionalidade:

Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre remarcar que na sua época o discurso dominante a apresentava como produto da racionalidade, confrontada com a suposta irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substituiu, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica, procurando, tanto quanto possível, reduzir os privilégios que frutificavam na justiça feudal, fundada quase exclusivamente na força e no poder de opressão dos senhores feudais sobre os demais, pessoas que a rigor estavam sujeitas a medidas punitivas discricionárias, impostas pelos mencionados senhores feudais. (PRADO, 2005, p. 140)

Assim:

O perigo da utilização desses requisitos no Processo Penal aparece, quando recorrendo a uma análise histórica verificamos que discursos que supervalorizam o suposto interesse social, tornando os direitos individuais

indisponíveis relativos, e de difícil alcance, pois estão sempre em conflito com o bem comum, os quais foram utilizados nos regimes totalitários e autoritários, como no fascismo e nazismo. (FERNANDEZ, 2018, p. 2018)

Tiburi faz uma importante classificação para o comportamento do fascista, ou dos governos fascistas, que são de extrema importância perante a discussão:

As práticas fascistas revelam uma desconfiança. O fascista desconfia do conhecimento, tem ódio de quem demonstra saber algo que afronte ou se revele capaz de abalar suas crenças. Ignorância e confusão pautam sua postura na sociedade. O recurso a crenças irracionais ou antirracionais, a criação de inimigos imaginários (a transformação do “diferente” em inimigo), a confusão entre acusação e julgamento (o acusador — aquele indivíduo que aponta o dedo e atribui responsabilidade — que se transforma em juiz e o juiz que se torna acusador — o inquisidor pós-moderno) são sintomas do fascismo que poderiam ser superados se o sujeito estivesse aberto ao saber, ao diálogo que revela diversos saberes. (TIBURI, 2015, p. 13)

A ideia de fascismo aqui exposta é a de um Estado que busca o monopólio do poder, podendo inclusive mitigar direitos sociais. Vejamos a conceituação acertada do filósofo brasileiro Konder:

O fascismo é uma tendência que surge na fase imperialista do capitalismo, que procura se fortalecer nas condições de implantação do capitalismo monopolista de Estado, exprimindo-se através de uma política favorável à crescente concentração do capital; é um movimento político de conteúdo social conservador, que se disfarça sob uma máscara “modernizadora”, guiado pela ideologia de um pragmatismo radical, servindo-se de mitos irracionistas e conciliando-os com procedimentos racionalistas-formais de tipo manipulatório. O fascismo é um movimento chauvinista, antiliberal, antidemocrático, antissocialista, antioperário. Seu crescimento num país pressupõe condições históricas especiais, pressupõe uma preparação reacionária que tenha sido capaz de minar as bases das forças potencialmente antifascistas (enfraquecendo-lhes a influência junto às massas); e pressupõe também as condições da chamada sociedade de massas de consumo dirigido, bem como a existência nele de um certo nível de fusão do capital bancário com o capital industrial, isto é, a existência do capital financeiro. (KONDER, 2009, p. 59)

Desse modo, ao refletir sobre a construção do sistema processual em sistemas ditatoriais, como no fascismo, nota-se o seguinte ponto em comum: a orientação se dá em sentido da proteção do Estado. Logo, o indivíduo passa a ser considerado como inimigo em potencial, e cria-se um ambiente de desconfiança. O Estado, buscando resguardar sua segurança, cria ferramentas para punir os que possam conflitar com os ideais defendidos pelo governo totalitário (FERNANDEZ, 2018, p. 40).

Seguindo tal preceito antagônico ao Estado Democrático de Direito, o STF tinha jurisprudência firmada acerca da possibilidade de utilização do instituto do *in dubio pro societate*:

Crimes da competência do Júri. *Idicium acusationis*. *In dubio pro societate*. Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte. 1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 715.072 MINAS GERAIS, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 07/11/2012, Publicação: 12/11/2012).

2.4 DA BUSCA PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

Seguindo por outros caminhos, surge em 1808 no século XIX outro modelo processual, baseado no *Code d'Instruction Criminelle* criado na França e com características totalmente antagônicas as do sistema inquisitorial. Nesse novo sistema processual, a jurisdição é exercida pelo Estado, a qual se inicia na fase investigativa, e teria um magistrado como presidente. Porém, a acusação ficava atribuída a outro órgão (Ministério Público), tirando o monopólio da ação penal do magistrado. (OLIVEIRA, 2017, p. 19).

Atualmente, nem a Carta Magna nem o Código de Processo Penal preveem em seu texto de forma expressa a adoção do sistema penal acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, realizando uma análise minuciosa das regras previstas na Constituição de 1988, há uma valoração do homem e da dignidade da pessoa humana, preceitos basilares do sistema acusatório. Como se observa, a seguir:

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório.

Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 130)

É necessário aqui citar o art. 129, inc. I, da CRFB que delega de forma expressa e clara a função de acusar, privativamente, ao Ministério Público; e, em casos excepcionais, cabe ao particular. Não há até o momento a figura de um juiz instrutor - a fase preliminar e informativa, que acontece antes da fase de propositura, cabe à autoridade policial. Além disso, durante os desdobramentos das investigações, é necessário sigilo e inquisitividade; porém, formada a ação penal, ocorre a mudança de patamares e o processo passa a ser público, contraditório e são asseguradas todas as garantias necessárias ao acusado (RANGEL, 2019, p. 67-68).

Outro aspecto importante é que não existe fundamento jurídico para o chamado *in dubio pro societate* e a única presunção admitida no processo penal é a de inocência. Nessa mesma linha de raciocínio, devemos destacar que a afirmação sobre a qual deve recair a decisão é aquela que vem feita na denúncia, apontando a autoria e a materialidade de um fato aparentemente delituoso. Logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de demonstrar aprovável existência do *fumus commissi delicti* afirmado. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 545)

Em decisões recentes, o legislador busca a positivação expressa da adoção do sistema acusatório no Brasil. Fato é que a Lei Nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Projeto Anticrimes) é atualmente o linear para o necessário reconhecimento do sistema acusatório. Ademais, se estabelece um novo procedimento para análise do inquérito policial, que passará por inicial do Juiz de Garantias antes de ser remetido ao Juiz de Instrução. Todavia, por resultado de decisão liminar prevista em ação direta de inconstitucionalidade, de autoria do atual ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal Luís Fux, os efeitos da Lei Nº. 13.964 estão suspensos, aguardando análise do Colegiado (BRASIL, 2020).

2.5 DA IMPOSSIBILIDADE DE PRONÚNCIA BASEADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS

Nesse ínterim, buscando cada vez mais validar o devido processo legal, surgiu o ponto de partida para o *overruling* na jurisprudência pátria, em meados dos anos de 2020/2021; em que, por meio de julgamentos pontuais, foi sendo consolidado o

entendimento da inadmissibilidade da pronúncia baseada somente nos elementos colhidos durante a fase investigatória do processo.

Podemos citar inicialmente, como forma de exemplificação de tal mudança, a decisão proferida na análise do Habeas Corpus Nº. 180.144, que teve origem na 11ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Esta foi submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Melo. A seguir, vejamos a ementa do mencionado HC:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – TRIBUNAL DO JÚRI – DECISÃO DE PRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE REFERIDO ATO DECISÓRIO TER COMO ÚNICO SUPORTE PROBATÓRIO ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS, UNILATERALMENTE, NO ÂMBITO DE INQUÉRITO POLICIAL OU DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL INSTAURADO PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – TRANSGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA, VIOLANDO-SE, AINDA, A BILATERALIDADE DO JUÍZO – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DA FÓRMULA “IN DUBIO PRO SOCIETATE”, PARA JUSTIFICAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA – ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DE TAL CRITÉRIO COM A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO DE “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – EXTENSÃO, DE OFÍCIO, PARA O LITISCONSORTE PASSIVO, DO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO. – O sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de prolação de decisão de pronúncia com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público, sob pena de frontal violação aos postulados fundamentais que asseguram a qualquer acusado o direito ao contraditório e à plenitude de defesa. Doutrina. Precedentes. – Os subsídios ministrados pelos procedimentos inquisitivos estatais não bastam, enquanto isoladamente considerados, para legitimar a decisão de pronúncia e a consequente submissão do acusado ao Plenário do Tribunal do Júri. – O processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes. – A regra “in dubio pro societate” – repelida pelo modelo constitucional que consagra o processo penal de perfil democrático – revela-se incompatível com a presunção de inocência, que, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, tem prevalecido no contexto das sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. (HC 180144, Relator (a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020).

Também ganha grande destaque a decisão do HC 589.270, que teve a relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, originário da Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021). Seguindo o entendimento recente do STF, decidiu favoravelmente ao

reconhecimento da ilegalidade do acusado ao Tribunal do Júri, baseado somente em elementos colhidos durante a investigação policial.

A atual posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema admite a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal (HC 547.442/MT, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/4/2020). Assim, na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à sentença de pronúncia (HC 314.454/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17/2/2017). Isso não significa, no entanto, que inexistam decisões mais antigas no sentido de não admitir o juízo positivo de pronúncia sem lastro em prova produzida sob o crivo judicial (HC 341.072/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/4/2016 e REsp 1.254.296/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2016). Nesse sentido, em nova orientação, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 180.144/GO, Ministro Celso de Mello, DJe 22/10/2020) enfrentou a questão e decidiu pela impossibilidade do juízo de pronúncia nas condições mencionadas, partindo da premissa de que o Processo Penal se estrutura sobre as garantias e objetiva resguardar do arbítrio estatal o status *libertatis* do acusado. (HC 589270 / GO, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data de julgamento: 23/02/2021, Data de publicação: DJe 22/03/2021 RSTJ vol. 261 p. 1029).

Além disso, é necessário ressaltar o julgamento do Recurso Especial Nº. 1932774 – AM (BRASIL, 2021), responsável por fortificar a compreensão da aceitação desse precedente por toda a jurisprudência pátria, que passou a entender por ilegal a decisão de pronúncia baseada somente em elementos colhidos durante o inquérito policial.

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. SÚMULA N. 284 DO STF. DISPOSITIVO APONTADO COMO VIOLADO DISSOCIADO DAS RAZÕES RECURSAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 593, III, "D", e § 3º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS JUDICIALIZADAS PARA SUSTENTAR A AUTORIA. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CPP VIOLADO. PRONÚNCIA INCABÍVEL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO (...). 2. O recente entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, é de que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório produzido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial. 3. Na hipótese, o ora recorrente foi pronunciado e condenado por homicídio, mas o único elemento dos autos que corrobora a tese acusatória acerca da autoria é um depoimento colhido na fase de inquérito. Em juízo, tanto na primeira quanto na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, essa testemunha não foi ouvida e nenhum outro depoimento se produziu. Além disso, o acusado, em seu interrogatório, negou as imputações feitas a ele. 4. A constatação de evidente vulneração ao devido processo legal, a incidir na inobservância dos direitos e das garantias fundamentais, habilita o reconhecimento judicial da patente ilegalidade, sobretudo quando ela enseja reflexos no próprio título condenatório. A decisão de pronúncia foi manifestamente despida de legitimidade, sobretudo porque,

na espécie, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos produzidos no inquérito e não confirmados em juízo. 5. A solução mais acertada para o presente caso é não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença, como também anular o processo desde a decisão de pronúncia – pois não havia como submeter o recorrente ao Tribunal do Júri com base em uma declaração colhida no inquérito policial e não corroborada em juízo – e impronunciar o acusado. (...). (REsp 1.932.774 AM, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Data de julgamento: 24/08/2021, Data de publicação: DJe 30/08/2021 RMDPPP vol. 104 p. 179).

Assim, o Juiz não poderá optar por pronunciar o acusado baseado somente na investigação da polícia judiciária. Por isso, é necessário que exista a reprodução dos elementos coletados na fase inquiritorial em juízo, quando possível, para facilitar e possibilitar a análise das provas e fundamentação de sua decisão com provas produzidas perante o contraditório e a ampla defesa (CUNHA W.; PINTO, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, é possível concluir que a decisão de pronúncia não poderá ocorrer baseada somente nos elementos colhidos durante o inquérito policial, tendo em vista que durante a fase extraprocessual os princípios do contraditório e ampla defesa não vigoram. A autoridade policial tem amplo poder e dever inquisitório nos crimes dolosos contra a vida, de forma que a primeira fase deve funcionar como um filtro processual.

O legislador previu no texto do art. 155 um preceito fundamental do Processo Penal, que deverá ser regido baseado na imparcialidade, igualdade e pelo devido processo legal. Deve-se ter em mente que, durante as investigações policiais, não existe confronto dos elementos colhidos; e, colocar tal obrigação nas mãos dos jurados que entendem por sua livre cognição e sem embasamento técnico, é dar margem ao erro.

Neste sentido, a doutrina majoritária entende pela impossibilidade de utilização do *in dubio pro societate*, exemplificando citamos os autores como: Aury Lopes Jr, Renato Brasileiro de Lima, Edílson Mougnot Bonfim, Fernando da Costa Tourinho Filho e Paulo Rangel. Além de que a jurisprudência que anteriormente entendia pela possibilidade de aplicação deste princípio mudou seu entendimento posteriormente ao HC N°. 1932774/AM.

Deste modo, concluímos que este entendimento é o que está em consonância com os princípios constitucionais, visto que está totalmente interligado ao princípio da

presunção de inocência previsto pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, visto que a fundada dúvida sobre a autoria do fato não pode prejudicar o acusado.

O princípio do *in dubio pro societate* não encontra respaldo na Constituição. O legislador concebeu como direitos fundamentais regras inerentes à igualdade formal e material, e, aceitar a pronúncia de um acusado perante a falta de provas, é medida extremamente ditatorial.

Portanto, ainda há muito que se evoluir na aplicação das normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, principalmente em relação aos direitos humanos diante da ação do Estado. A atuação do Estado por meio de seus órgãos de autodefesa não pode ser óbice à positivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.279.458- MG (2011/0214784-7). Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 de setembro de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102147847&dt_publicacao=17/09/2012. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.299/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recurso Extraordinário com Agravo Nº 715.072/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário Judicial Eletrônico**, Brasília, 09 de novembro de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho297732/false>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 2.848, de 06 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 3.689, de 02 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Secretaria-Geral. Lei n. 13.964, de 23 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de abril de 2021. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Defensoria Pública. Recurso Especial n. 1932774. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgamento em 24 de agosto de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília/DF, 30 de agosto de 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002489294&dt_publicacao=30/08/2021. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministério Público. Habeas Corpus n. 589270. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 23 de fevereiro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília/DF, 22 de março de 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001428766&dt_publicacao=22/03/2021. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Defensoria Pública. Habeas Corpus n. 180.144. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 21 de outubro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília/DF, 22 de outubro de 2020. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Especial: Teses do STJ sobre as provas no processo penal – I (1ª parte)**. Meu Site Jurídico, 2018. Disponível em:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/06/28/especial-teses-stj-sobreprovas-no-processo-penal-parte/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CUNHA, Walfredo Campos; PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **686: Sentença de pronúncia não pode se basear exclusivamente no inquérito policial**. Meu Site Jurídico, 2021. Disponível em:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/03/03/686-sentenca-de-pronuncia-nao-pode-se-basear-exclusivamente-no-inquerito-policial/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

FERNANDEZ, Catharina Maria Tourinho. **A inaplicabilidade do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30413>. Acesso em: 14 nov. 2022.

KONDER, Leandro. **Introdução ao fascismo**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Expresso Popular, 2009.

LESE, Caio César Brás Gontijo. **O princípio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia e sua contraposição a princípios constitucionais e infraconstitucionais**. Uberlândia/MG, v. 1, 2019. 30 p Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27873/1/PrincípioDoIn.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEGHEL, Matheus Maciel *et al.* Reflexões acerca do caráter democrático do tribunal do júri. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 7, n. 2, p. 41-56, 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/7664>. Acesso em: 14 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019.

TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**: Reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Editora Record, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

VASCONCELOS, Laís Gonçalves. **Por uma persecução penal garantista: a inviabilidade da condenação, pelo tribunal do júri, com base exclusiva nos elementos colhidos no inquérito policial**. 2011. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso

de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10239>. Acesso em: 14 nov. 2022.



RESPONSABILIDADE CIVIL: A TUTELA DO DIREITO À IMAGEM POST MORTEM

CIVIL RESPONSIBILITY: THE PROTECTION OF THE RIGHT TO POST-MORTEM
IMAGE

Ana Vitória Ramos de Oliveira

anavioliv.unimontes@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2879458297282351>

Francklin Cauê Borges Teixeira

francklincaue@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/0574605194487844>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Ruy Gabriel Silva Souza

Ruygabrieel@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9831324412356537>

RESUMO: O Código Civil brasileiro dispõe que há a extinção da personalidade quando o indivíduo morre, contudo, apesar da morte, os direitos da personalidade do morto possuem tutela jurisdicional conforme o disposto no parágrafo único do artigo 12 da legislação supracitada. Dessa forma, optou-se para essa pesquisa o método dedutivo através da forma exploratória, utilizando de pesquisa bibliográfica, por revisão de literatura, artigos, legislações. O presente trabalho tem como objetivo analisar o que dispõe a legislação atual sobre a temática, além de delinear o que pode ser feito no caso. Para tanto, este artigo se constitui de três momentos. Inicialmente, explana-se a respeito da personalidade e sobre o direito de imagem, no contexto *post mortem*. Após, será feita uma discussão aprofundada sobre a responsabilidade civil, no que tange ao direito de imagem do falecido. Além disso, será levantado um debate sobre o crime de vilipêndio ao cadáver. Conclui-se que, embora a personalidade civil cesse com a morte, o falecido deve ter seu corpo, imagem e memória preservados, e o operador do direito deve agir de modo a garantir que tal preservação prevaleça no caso concreto.

Palavras-chave: Código Civil; Imagem; *Post mortem*; Personalidade; Responsabilidade; Vilipêndio.

ABSTRACT: The Brazilian Civil Code provides that there is the extinction of personality when the individual dies, however, despite death, the rights of the personality of the deceased have judicial protection according to the provisions of the sole paragraph of Article 12 of the aforementioned legislation. Thus, we chose for this research the deductive method through the exploratory form, using bibliographic research, by literature review, articles, legislations. The present work aims to analyze what the current legislation on the theme has, in addition to delinusing what can be done in the case. Therefore, this article consists of three moments. Initially, it is explained about personality and image rights, in the post mortem context. After that, an in-depth discussion will be made on civil liability, with regard to the image right of the deceased.

In addition, a debate will be raised on the crime of vilipendium to the corpse. It is concluded that, although the civil personality has ceded with death, the deceased must have his body, image and memory preserved, and the operator of the right must act in such a way as to ensure that such preservation prevails in the specific case.

Keywords: Civil code; Image; Post mortem; Personality; Responsibility; Vilipendium.

INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro (CC/2002) apregoa que o término da personalidade jurídica se dá com o fim da vida humana. Dessa forma, finda-se os mecanismos de defesa a diversos direitos inerentes à pessoa natural. Apesar disso, o artigo 12 dispõe que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Ainda no mesmo artigo, o parágrafo único apregoa que “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Visto isso, entende-se que apesar do fundamentado no artigo 6º do CC/2002 e da doutrina majoritária concordar que o morto não é titular de direitos, não seria justo que o morto pudesse ser exposto a ofensas à sua imagem e memória, sem nenhum tipo de vedação legal. Visto isso, o CC/2002 concede legitimidade para que a família do falecido possa exercer o direito de proteção aos direitos de personalidade, daquele que já não pode ser titular de direitos.

Nesse sentido, a Súmula 642 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) expõe que: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória” (BRASIL, 2020).

Na análise da mencionada Súmula, é possível depreender que não há passagem do direito de personalidade, uma vez que esse é intransferível, mas sim, do direito de ação que atua na proteção dos direitos de personalidade do falecido. Destarte, o autor da ofensa não é isentado de sua responsabilidade civil apenas por causa da morte do ofendido, garantindo, portanto, que o conflito seja resolvido nos moldes da justiça.

Vale salientar, ainda, que na hipótese em que o indivíduo vem a falecer após iniciar com uma ação, a transmissão do direito à reparação civil é incontestável. Entretanto, quando há violação da memória do anteriormente falecido, encontram-se divergências sobre quem seria o titular do direito violado, já que como exposto anteriormente, o falecido não possui direitos e os direitos da personalidade são intransferíveis.

O professor Diogo Leite Campos (2006), em suas Lições de Direitos da Personalidade, entende que a personalidade não se extinguiria totalmente com a morte, contrariando o que dispõe o CC/2002. Já na Teoria Geral do Direito Civil, José de Oliveira Ascensão (2006) entende que a proteção não é em face da personalidade do morto e sim de sua memória. Já Paulo Mota Pinto (2006), entende que a tutela se faz aos vivos que são afetados com a ofensa ao morto. Posto isso, mediante as diversas divergências acerca do assunto, faz-se necessário a discussão aprofundada acerca dos institutos personalidade e direito de imagem, bem como a abordagem do assunto dentro da responsabilidade civil que será feita num próximo momento nessa pesquisa.

PERSONALIDADE E DIREITO DE IMAGEM

A personalidade torna o homem titular de direitos. Carlos Roberto Gonçalves ensina que, “Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade”. Acrescenta Clóvis Beviláquia que, a personalidade diz respeito à “aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUIA *apud* GONÇALVES, 2020, p.100). Logo, faz-se válido observar que a defesa da imagem é direito da pessoa, visto que esta ostenta personalidade.

Sabe-se, conforme o artigo 6º do Código Civil de 2002 (CC/2002), que a morte representa o término da existência da pessoa natural, não podendo o morto continuar sendo o titular de direitos e obrigações contraídos em vida. Entretanto, permanecem vivos os valores, a honra e a memória das personalidades não extintas pela morte. O CC/2002 disciplina, ainda, que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, podendo ser exigida a cessação de ofensa quanto a esses direitos, exigência esta feita por familiares, em se tratando de pessoa morta. Assim, afirma Toazza:

São intransmissíveis, pois não se transmite a outras pessoas, nem mesmo com a morte do titular, porém continuam sendo protegidos pelo ordenamento após a morte. Assim, alguns dizem que essa característica é controvertida, pois os direitos da personalidade extinguiriam com a morte, por terem caráter personalíssimo, mas alguns interesses ligados à personalidade, continuam sendo tutelados após o falecimento do titular. Os direitos de personalidade são intransmissíveis, não podendo sofrer cessão ou sucessão, pois expressam a personalidade do seu titular, assim um terceiro não pode adquirir esses direitos por meio da transmissão. Toda transmissão supõe que uma pessoa se coloque no lugar da outra, portanto se a transmissão pudesse ocorrer, o direito não seria de personalidade. Sustentam que os direitos da personalidade em sua essência são intransmissíveis, porém seus efeitos patrimoniais são transmissíveis (TOAZZA, 2018, p.45).

Pode-se dizer que os direitos da personalidade têm por objetos os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. Tem-se que tais direitos englobam a integridade física, incluindo a da pessoa morta, a integridade intelectual e a integridade moral. A imagem deve ser analisada em associação com os direitos da personalidade, sendo necessária a compreensão da proteção da dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2021).

O direito da personalidade defende a dignidade humana de cada pessoa, sendo que a imagem pode ser tida como um poder jurídico que integra a personalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), ao garantir a inviolabilidade da imagem, enfatiza a dignidade da pessoa humana, princípio-matriz dos direitos fundamentais. Segundo a filosofia Kantiana, tem-se que o ser humano é pessoa, tendo a dignidade como atributo intrínseco, pois, a pessoa humana compreende um valor interno que não admite substituição equivalente. Logo, a dignidade relaciona-se intimamente com a natureza humana. Consoante o exposto, explica José Afonso da Silva:

Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito (SILVA, 1988, p.91).

Hodiernamente, a propagação de imagens de pessoas mortas é uma ação bastante reproduzida na sociedade, podendo ser observada, por exemplo, em notícias de acidente de trânsito ou em uma simples busca no navegador de *internet*. Consoante o exposto, tem-se o direito à imagem, cuja proteção garante a individualidade necessária para o desenvolvimento da personalidade. O direito à imagem trata-se de um direito fundamental previsto na CRFB/1988 em seu artigo 5º, X, que disciplina o seguinte: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Atualmente e, principalmente por conta da tecnologia que faz parte do cotidiano das pessoas, a divulgação de imagens de pessoas mortas acontece com muita frequência. A lei garante a proteção da imagem, apesar da enorme propagação, que não é impedida sequer pelas diretrizes das redes sociais em que são veiculadas.

É uma exigência individualista a necessidade de o titular se proteger contra a arbitrária difusão da sua imagem, pois, a pessoa deve ter o poder de consentir ou não na reprodução do seu retrato. Desta forma, não existe uma ligação direta entre a proteção do direito à imagem e o direito à reserva privada, o que se busca é a tutela da própria imagem. O direito à imagem

deve ter uma importância geral, que somente pode ser limitada por exceções específicas impostas pelo interesse público. Vale ressaltar que, a utilização da imagem de terceiro necessita de autorização, que pode ser tácita ou expressa. Sabe-se, entretanto, que após a morte a pessoa não pode ser sujeito autônomo de relações jurídicas, mas alguns bens da personalidade continuam a ser tutelados pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a imagem do indivíduo permanece a influenciar relações jurídicas (TOAZZA, 2018).

Disciplina Sérgio Cavalieri Filho:

Assim, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra das pessoas continuam a merecer a tutela da lei. Essa proteção é feita em benefício dos parentes do morto, para se evitar os danos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.119).

Observa-se a existência de numerosos casos envolvendo a temática em questão, principalmente devido ao mau uso dos meios de compartilhamento de arquivos. Segue entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA FALECIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS PARA PLEITEAR O RESSARCIMENTO - VIOLAÇÃO À IMAGEM DO MORTO - DANO MORAL INDENIZÁVEL - EXISTÊNCIA. - Evidenciado o ato ilícito praticado pela ré, que inscreveu indevidamente o nome do marido/pai dos autores em órgão de proteção ao crédito, após a morte daquele, resta configurado o dano moral aos herdeiros, em virtude da mácula ao nome e à imagem do falecido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.080686-5/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/06/2021, publicação da súmula em 17/06/2021)

Nota-se que, a dignidade acompanha o homem até sua morte, tendo em vista que, como dito anteriormente, faz parte da essência da pessoa humana. Apesar de, à primeira vista, a imagem se apresentar como algo abstrato, a sua repercussão se dá em relações concretas. Logo, pode-se afirmar que o direito à imagem apresenta um valor social e jurídico, haja vista que a memória e a honra não se apagam com a morte, mas continuam interferindo nas relações humanas. Esta influência afeta relações jurídicas e, por isso, os legitimados podem buscar a proteção da imagem de um familiar já falecido.

DIREITO À IMAGEM *POST MORTEM* E RESPONSABILIDADE CIVIL

Em princípio, com o advento da CRFB/1988 foi assegurado em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana. Princípio este inestimável para a sociedade atual, que regula e fundamenta os direitos básicos dos brasileiros. Os direitos da personalidade supracitados, presente no CC/2002 e também na CRFB/1988, assegurou não só o direito de imagem, mas todos os direitos e garantias individuais e coletivos existentes. Ademais, torna-se pertinente elucidar situações que permitam compreender a responsabilidade civil e o direito de imagem *post mortem*.

Por diante, juridicamente, entende-se no Brasil que com a morte do indivíduo seria o fim da personalidade. Todavia, o término da personalidade jurídica não é sinônimo para completa perda de direitos. Nesse sentido, certos direitos continuarão existindo, dentre eles, o de imagem, podendo acarretar responsabilização por dano que o falecido vier a sofrer.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a Responsabilidade Civil ocorre quando há algum tipo de prejuízo. O Professor orienta: “Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade” (GONÇALVES, 2022, p. 28) Ou seja, é a violação de certo dever jurídico que acarreta dano a terceiro. Neste interim, o CC/2002 estabelece a inviolabilidade dos direitos a personalidade e especialmente no artigo 20, que aduz:

Salvo se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A priori, para que exista a responsabilidade civil em casos *post mortem*, é preciso que haja o pressuposto dano, a “[...] honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002). É uma tutela que possui também o caráter proibitivo para veiculação de imagens após a morte do indivíduo sem previsão legal. Além disso, a proteção a imagem, conforme o artigo 20 do CC/2002, é um direito transmissível aos “ascendentes, descendentes e ao cônjuge”.

A posteriori, é cediço que o Brasil seja constituído pelo chamado Estado Democrático de Direito. Dessa forma, há axiomas que pavimentam o sistema jurídico pátrio e que por muitas vezes podem ser conflitantes. No tema discutido, Responsabilidade Civil e direito à imagem *post mortem*, existem dois princípios que podem gerar certas ressalvas sobre a adequabilidade de um ou de outro em determinada situação – o direito de informar e o direito de imagem. Por

exemplo, de acordo com notícia do jornalista Rogério Gentile (2021) do portal UOL, a emissora televisiva Rede Globo, foi obrigada pela Justiça de São Paulo a indenizar familiares de uma vítima de Covid-19 (pandemia). Segundo a reportagem, o principal canal de TV do país, por meio do Jornal Nacional, usou a imagem do falecido indevidamente, o que gerou aos autores do processo graves consequências: “[...] sofreram constrangimentos com a reportagem, passando a ser alvo de ‘maledicência’ na cidade” (GENTILE, 2021, n.p). Ademais, o Jurista, Sergio Cavalieri Filho (2012) coloca lume sobre esse conflito entre princípios, ressaltando a necessidade da utilização da proporcionalidade e ponderação, como forma mais adequada para solucionar divergências entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade – conforme ilustrado no caso supracitado.

Outro ponto é que com o advento das redes sociais a propagação de informação acontece quase que instantaneamente. Contudo, ocorre que nem sempre o progresso digital, informativo e social consegue ser resguardado pelo Direito de forma mais adequada. Neste caso em tela, no que diz respeito à utilização de imagens *post mortem*, que em diversos casos, são para propagação de informações inverídicas, tem ocasionado uma verdadeira “desordem informacional”.

Tendo em vista que, os meios de comunicação não são restritos apenas a um papel de informar, mas de contribuir para consolidação de uma consciência social, por isso a necessidade de limitações, como aduz o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos: “Se, por um lado, é proibida a censura [...], por outro, cumpre ao Estado zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de moralidade, proibindo a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas e difames” (BULOS, 2015, p. 581).

Conforme dito anteriormente, a morte não elimina os direitos personalíssimos, cabendo aos familiares do falecido a legitimidade para resguardar o direito *post mortem* do seu ente. Principalmente, em uma sociedade em que “likes” e “compartilhamentos” nas mídias sociais sobrepõem valores básicos para o bom convívio social. A divulgação de imagens expõem, por exemplo, corpos de vítimas de acidentes e em situações graves tem se normalizado. Situação abjeta e que não contribui minimamente para a sociedade, sendo contrária ao preceito fundamental da dignidade humana; haja vista que, a má exposição de uma imagem poderá ocasionar transtornos aos familiares irreversíveis.

Ademais, uma problemática que surge quanto à responsabilidade civil *post mortem* é o do *quantum* indenizatório; tendo em vista, a dificuldade para se calcular de forma satisfatória o dano suportado pelos familiares pela exposição do finado. Nesta circunstância, aduz Cavalieri Filho (2012, p.107) que: “Doutrina e jurisprudência sustentam, uniformemente, que o valor da

indenização pela indevida utilização da imagem não deve ser o mesmo que normalmente se obteria pela utilização autorizada”. Além disso, conforme determina o CC/2002, artigo 944, *caput*: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Dessa forma, a situação fática e os efeitos auferidos pela vítima precisam ser mensurados para que haja uma melhor aplicação do *quantum* indenizatório.

Direito de imagem *post mortem*, de respeito aos familiares e ao falecido, portanto, é garantido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, em âmbito cível. A imagem segundo Cavaleiri Filho (2012, p.166) para a descendência do falecido é um “bem moral mais valioso que os bens materiais por ele deixado”. Por isso, a proteção dada pelo legislador ao garantir a honra do finado. Neste sentido, mesmo quando confrontado com o direito à informação o respeito à dignidade do morto tende a prevalecer. E com o avanço das redes sociais e sua velocidade de propagação de informação torna-se imperioso o aperfeiçoamento do direito, no que diz respeito a proteção à imagem do ente.

DIREITO DE IMAGEM *POST MORTEM* E VILIPÊNDIO AO CADÁVER

Em princípio, quando é discutido sobre o direito de imagem, a tutela jurídica lembrada tem sido a da esfera civil. Porém, a tipicidade da conduta que fere a imagem *post mortem* está também tipificada no Código Penal (CP). Sendo assim, o vilipêndio ao cadáver é crime previsto no CP, em seu artigo 212. De acordo com o doutrinador Rogério Greco: “vilipendiar deve ser entendido no sentido de menoscabar, aviltar, ultrajar, tratar com desprezo, sem o devido respeito exigido ao cadáver ou a suas cinzas.” (GRECO, 2022, p. 2.152). Ainda de acordo com Greco é crime comum em relação ao sujeito ativo e passivo, no qual não somente a família do morto figurará como sujeito passivo, bem como a coletividade. Tem por bem juridicamente protegido o respeito aos mortos, ou seja, a sua memória. Nesse sentido, pode-se compreender que todo tipo de desrespeito ao falecido, principalmente, no que tange a sua imagem poderá ser considerado uma forma de ultraje, enquadrando-se a conduta no crime de vilipêndio.

É notório que com as mídias sociais o compartilhamento de informações aumentou significativamente. Ocorre que muitas vezes, pela inexistência ou ineficiência de parâmetros que possibilitem melhor controle do que é compartilhado, propicia a ocorrência de graves situações para sociedade. Por exemplo, o sensacionalismo que acontece quando há algum tipo de acidente, pois, para ter mais “audiência” (visualização) rapidamente disseminam-se imagens, sem prévio senso de afetação.

De forma exemplificativa, na época do acidente do sertanejo Cristiano Araújo, de acordo com o Portal de notícias Online, Correio Braziliense, a Polícia Civil de Goiás concluiu inquérito sobre o vazamento de vídeo e fotos do corpo do cantor, indiciando três técnicos em “tanatopraxia”, por vilipêndio de cadáver. A péssima conduta dos funcionários produziu vários efeitos jurídicos, dentre eles, o de Vilipêndio a Cadáver (CORREIO BRAZILIENSE, 2015).

Além disso, bem como no campo civil, o direito de informação sofre certa limitação quanto a sua liberdade, no que tange à divulgação de imagens com pessoas falecidas, haja vista a sobreposição do princípio Constitucional da Dignidade Humana. Por fim, o CP, em seus dispositivos, deixa clara a necessidade de proteção aos sentimentos dos parentes e amigos do morto. Por isso a ação penal é incondicionada, sendo pelo próprio Ministério Público, sem necessidade da manifestação de terceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente produção científica foi feita uma análise acerca dos direitos da personalidade *post mortem*, com enfoque principal no direito de imagem. Inicialmente, foi posto aquilo que está descrito no artigo 6º do CC/2002 que dispõe que a personalidade se finda com a morte. A partir disso, analisou-se a Súmula nº 642 do STJ, a fim de identificar as situações previstas no ordenamento que fundamentam os direitos de personalidade *post mortem*. Além disso, foram apresentadas diferentes opiniões acerca de quem seria o titular do direito previsto no artigo 12, parágrafo único.

Posto isso, foram discutidas as figuras da personalidade e do direito de imagem. Sobre a personalidade, foi trabalhado o conceito de Clóvis Beviláquia, que afirma que a personalidade diz respeito à “aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUIA, 1975, p. 78-79). Já sobre o direito de imagem, reconheceu-se o respeito à imagem como pressuposto para a garantia da dignidade humana, princípio amplamente defendido na CRFB/1988. Foi feita, também, uma análise baseada no direito de imagem, a fim de concluir que a dignidade deve acompanhar o homem até depois de sua morte, visto que, deve ser inerente à pessoa humana.

Mediante o exposto, fez-se necessário abordar a responsabilidade civil nos casos de violação ao direito de imagem *post mortem*. Visto isso, inicialmente, foi colocado que é preciso que ocorra o pressuposto dano a um bem tutelado para que seja ensejada a responsabilidade civil, nesse caso, especificamente à honra, à boa fama ou a respeitabilidade. É uma tutela que possui também o caráter proibitivo para veiculação de imagens após a morte do indivíduo, sem

previsão legal. Além disso, a proteção à imagem conforme o CC/2002 é um direito transmissível aos “ascendentes, descendentes e ao cônjuge”.

Além disso, também foram abordados dois princípios que podem gerar certas ressalvas sobre sua aplicação, em atenção ao caso concreto, quais sejam: o direito de informar e o direito de imagem. Nesse caso, concluiu-se pela necessidade da utilização da proporcionalidade. Outro ponto discutido, foi o papel das redes sociais na propagação de imagens de forma instantânea, sem que o Direito possa acompanhar, de modo a tutelar situações que estão em desacordo com o ordenamento. Além disso, há uma problemática intrínseca ao fato da responsabilidade civil *post mortem* ser do *quantum* indenizatório, visto que há dificuldade para se calcular, de forma satisfatória, o dano suportado pelos familiares pela exposição do finado.

Por fim, discutiu-se acerca da conduta criminosa de Vilipêndio ao Cadáver, considerada crime contra o respeito aos mortos e prevista no artigo 212 do CP. Vilipêndio a Cadáver significa desprezar ou humilhar o corpo do falecido e pode ser punido com multa ou reclusão. Dessa forma, situações em que são divulgadas imagens de acidentes, sem a menor reflexão crítica sobre quem pode afetá-la, de modo vexatório, pode ser considerado crime

A partir do elencado, conclui-se que mediante a análise dos dispositivos do CC/2002, bem como a Súmula n° 642, além dos entendimentos jurisprudenciais, que embora a personalidade civil cesse com a morte do indivíduo (art. 6°, CC/2002), o falecido deve ter seu corpo, imagem e memória preservados, e, por isso, o ordenamento concedeu legitimidade para que os familiares possam proteger a honra do falecido. Além disso, faz-se necessário que os intérpretes saibam aplicar a legislação, a fim de resolver, ou ao menos atenuar, os conflitos existentes no que diz respeito à tutela do direito ao respeito à imagem dos falecidos e dimensionar o dano causado, a fim de estabelecer a responsabilidade civil diante do dano sofrido.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1975.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Dano *post mortem* aos bens da personalidade: Legitimidade ativa para ação de indenização**. Coluna Migalhas. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 642**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/11573/1169>. Acesso em: 02 de nov. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.ed. rev.ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

GENTILE, Rogério. Globo é condenada a pagar R\$ 36 mil a familiares de vítima da covid-19. **UOL Notícias**, 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rogerio-gentile/2021/10/05/globo-e-condenada-a-pagar-r-36-mil-a-familiares-de-vitima-de-covid-19.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Barueri-SP: Atlas, 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.5014865-92.2019.8.13.0145**. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA FALECIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS PARA PLEITEAR O RESSARCIMENTO - VIOLAÇÃO À IMAGEM DO MORTO - DANO MORAL INDENIZÁVEL - EXISTÊNCIA. - Evidenciado o ato ilícito praticado pela ré, que inscreveu indevidamente o nome do marido/pai dos autores em órgão de proteção ao crédito, após a morte daquele, resta configurado o dano moral aos herdeiros, em virtude da mácula ao nome e à imagem do falecido. Apelante: Amarildo Mauro da Silva e outros. Apelado: Banco Bradesco SA. Rel. Min. Fernando Caldeira Brant. 20ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 16 jun. 2021. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 20 jul. 2021. Disponível em: TJMG - Pesquisa por Jurisprudência. Acesso em: 01 nov. 2022.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p.89-94, abr./jun., 1998.

TOAZZA, Gabriele Bortolan. **A tutela post mortem do direito à imagem**. 2018. Dissertação (Mestrado Científico de Ciências Jurídicas)- Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0000.21.080686-5/001**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1236195840/inteiro-teor-1236196523>. Acesso em: 02 de nov. 2022.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119 e 120.

[S.n]. Polícia indícia três por vazamento de imagens do corpo de Cristiano Araujo. **Correio Braziliense**, 2015. Disponível em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/07/01/interna->

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A REPERCUSSÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

THE REPERCUSSION OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW ON
CONSUMER RIGHTS

Lune Danielle Alves de Oliveira

lunedanielle@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/4440943062828149>

Rodrigo Leal Teixeira

rodrigolealteixeira@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/1084702780911857>

RESUMO: A Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados, marcou a legislação brasileira quanto a proteção de dados pessoais, interpôs princípios, direitos, procedimentos e sanções. O objetivo é analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados tutela os direitos dos titulares de dados nas relações consumeristas e suas aplicações. A metodologia utilizada neste trabalho foi a abordagem dedutiva, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A Lei Geral de Proteção de Dados oferece novos mecanismos e instrumentos que ampliam os conceitos previstos no Código do Consumidor, atualizando-o à nova realidade do uso e obtenção de dados. O trabalho analisa o retrospecto legislativo brasileiro e internacional, do surgimento do direito a privacidade no mundo e na Constituição Federal até a Lei nº 13.709/2018. A discussão sobre acerca da proteção de dados no direito do consumidor perpassou sobre os princípios e fundamentos da proteção de dados, a perspectiva da vulnerabilidade do consumidor, do consentimento e da publicidade direcionada. O trabalho adentrou brevemente na aplicação da proteção de dados em casos de incidência do vazamento de dados, bem como na responsabilidade civil dos fornecedores e sanções administrativas. De modo que, conclui-se que para a plena aplicabilidade das sanções na LGPD, ainda é necessária a ampliação da fiscalização e punibilidade, visto que tais sanções administrativas ainda se concentram em recomendações e advertências educativas.

Palavras-chave: A Proteção de dados, Direito do consumidor, Responsabilidade

ABSTRACT: Law nº 13.709/2018 - General Data Protection Law, marked the Brazilian legislation regarding the protection of personal data, interposed principles, rights, procedures and security. The objective is to analyze how the General Data Protection Law protects the rights of data subjects in consumer relations and their applications. The methodology used in this work was the deductive approach, through the technique of bibliographical and documental research. The General Data Protection Law offers new switches and instruments that expand the concepts provided for in the Consumer Code, updating it to the new reality of using and obtaining data. The work analyzes the Brazilian and international legislative retrospective, from the obligatory right to privacy in the world and in the Federal Constitution to Law nº 13.709/2018. The discussion on data protection in consumer law covered the principles and fundamentals of data protection, the perspective of consumer vulnerability, consent and targeted advertising. The work briefly entered into the application of data protection in cases of incidence of data leakage, as well as the civil liability of suppliers and administrative managers. So, it is concluded

that for the full applicability of the appropriate provisions in the LGPD, the intervention of surveillance and punishment is still necessary, since such administrative measures still focus on educational instructions and education.

Keywords: Data Protection, Consumer Law, Liability.

INTRODUÇÃO

Ao observar o Código de Defesa do Consumidor - CDC, depreende-se que a segurança da informação concebe alguns princípios do ordenamento jurídico brasileiro, como o direito ao acesso à informação pelo consumidor e a inversão do ônus da prova contra o fornecedor. A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD oferece novos mecanismos e instrumentos que ampliam os conceitos previstos no CDC, atualizando-o à nova realidade do uso e obtenção de dados.

Conforme o avanço do uso da internet nas diversas relações sociais e consumeristas, há também a maior propensão ao risco de vazamento de dados, ameaças cibernéticas, fraude e apropriação de dados. Em resposta a essa conjuntura, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, que versa principalmente sobre alternativas para mitigar questões que ameaçam o direito à privacidade.

Os dados pessoais do consumidor compreendidos em banco de dados e cadastros compõem as matrizes de tutela da sua privacidade. Os impactos da potencial insegurança dessas informações podem atingir a esfera econômica, social e política por relacionar-se com o direito à privacidade e a princípios fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

As Leis nº 8.078/1990 e nº 13.709/18 possuem objetivos similares, tutelar o equilíbrio de relações entre indivíduos em condições desiguais, de modo que podem atuar de forma complementar. O presente trabalho questiona a LGPD como forma de aprimorar a proteção da privacidade do consumidor através da promoção da segurança das informações fornecidas pela relação de consumo.

O presente trabalho, portanto, dedica-se a analisar a conjuntura do consumidor no tratamento de dados promovido nas relações consumeristas e seus impactos, bem como a correlação doutrinária da proteção de dados com o direito do consumidor, tendo em vista o estudo da LGPD e do CDC.

Justifica-se o tema do presente trabalho, em virtude da substancial possibilidade de aprofundamento do devido tratamento de dados nas relações consumeristas, a fim de elucidar os instrumentos e mecanismos aplicáveis à defesa do consumidor e a garantia

dos seus direitos. Bem como, buscar demonstrar se de fato o entendimento doutrinário ou positivo ampara o sujeito em posição de vulnerabilidade em suas relações.

Através do método dedutivo, mediante a análise de conceitos doutrinários, jurisprudenciais e a legislação vigente acerca do tema, discute-se a utilização da LGPD como legislação hábil a amparar a defesa dos dados sensíveis concedidos nas relações consumeristas.

I- Lei Geral Proteção de Dados no Brasil

A efetivação da proteção de dados é imprescindível na contemporaneidade, em virtude do acelerado progresso tecnológico informacional. Todavia, a gestão de dados pessoais precede a criação da internet e está amplamente vinculada à figura da privacidade. Elevado ao patamar de direito fundamental autônomo, a proteção de dados está vinculada a tutela da privacidade, dignidade e da personalidade. A LGPD promove a expansão de princípios constitucionais como a defesa do consumidor, dignidade da pessoa humana, a privacidade e o livre desenvolvimento do indivíduo, é uma resposta legal ao tratamento de dados pessoais que anteriormente era fragmentado em documentos espaçados e de forma assimétrica.

A proteção de dados estabelecida pela LGPD (BRASIL, 2018), dispõe dos seguintes fundamentos: Refere-se a figura do titular a pessoa natural em que os dados estão sob tratamento.

Art. 2º - O respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Cabe ao titular a manifestação livre, informada e inequívoca em concordância com tratamento dos seus dados pessoais para exercício da finalidade determinada que deve ser estabelecida pelos agentes de tratamento, isto é, cabe ao titular o direito de consentir ou não acerca do tratamento de seus dados. (SARLET; TRINDADE; MALGARÉ, 2021).

Quanto a definição de dado pessoal, no ordenamento brasileiro, trata-se da informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Em adendo, o dado pessoal sensível é definido no artigo 5º, II, da LGPD, é o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de

caráter religioso, filosófico ou político, saúde, vida sexual, genética ou biometria, quando vinculado a pessoa natural. (DONEDA, 2020).

Divergente dos dados pessoais, os dados anonimizados não estão relacionados a uma pessoa de modo específico de modo que são empregues por meios técnicos como a estatística. Todavia, aos dados em que houver a possibilidade de reverter a condição de anonimizado, eles serão considerados dados pessoais e deverão ser tratados pela LGPD. Em suma, são os dados em que após utilizados meios técnicos perdem o caráter associativo, seja ele direto ou indireto, com o indivíduo. (FERREIRA; LIMA, 2021).

Define-se como banco de dados, através do artigo 5º, IV da LGPD, como o “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico” (BRASIL, 2018). A estrutura de um banco de dados funciona em três eixos: entrada, processamento e saída das informações. Essa estrutura é definida como sistema de informação, na qual um banco de dados fica essencialmente atrelado a esse conceito, pois através desse mecanismo é possível extrair ou conhecimento. (BIONI, 2020).

Os agentes de tratamento, são o controlador e o operador, conforme no artigo 5º, VI e VII da LGPD. Os agentes de tratamento são aqueles que tem como objetivo apontar as obrigações e responsabilidades que envolvam o controlador e o operador. O controlador, é a pessoa jurídica ou natural, de direito público ou privado que rege decisões no processo de tratamento de dados. O operador é a pessoa jurídica ou natural, de direito público ou privado que atuará no tratamento representando o controlador. Há também o encarregado, que possui a função de orientar os funcionários e contratados da empresa ou entidade as diretrizes e ações que serão executadas sobre a proteção de dados. (BLUM; MALDONADO, 2020).

Entende-se que o consentimento é a noção mais indispensável em termos de tratamento de dados. Previsto no inciso XII do artigo 5º da LGPD, o consentimento é a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). Em suma, o consentimento é a autorização que o titular confere para que seja efetuado o tratamento de seus dados, tal manifestação é necessária que seja realizada de forma explícita e registrada. Ademais, ao titular é reservado o direito de revogar o consentimento a qualquer tempo de modo que se torna isento para os dados publicados pelo titular (FERREIRA; LIMA, 2021).

O interesse legítimo, compreende as hipóteses legais nas quais o consentimento do titular não é necessário para que seja realizado o tratamento. A previsão do legítimo interesse não se refere de uma autorização genérica para tratamento de dados, de modo que a finalidade deve ser definida e o controlador deve ter domínio bem como o titular deve ter conhecimento acerca do tratamento. (CASCAES, BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

Desse modo, a LGPD em seu artigo 10, exemplifica as finalidades que compreendem o legítimo interesse, como apoio e promoção das atividades do controlador e a proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas, os direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 2018).

Destaca-se as situações nas quais os mesmos dados são tratados e transferidos entre órgãos e entidades. Em relação ao uso compartilhado de dados, a LGPD (BRASIL, 2018) define como as ocorrências:

Art. 5, XVI. comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados.

Diante dessas considerações acerca do sistema de tratamento de dados estabelecido pela LGPD, tratando sobre os institutos, características e elementos. Expõe-se o desenvolvimento da proteção de dados sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

II- A Evolução legislativa da proteção de dados no Brasil

Ao esmiuçar a cronologia legislativa da proteção de dados é possível compreender o desenvolvimento e a ampliação acerca do direito à privacidade até o debate contemporâneo sobre a proteção de dados físicos e digitais. Tendo em vista, que através do percurso de desenvolvimento concebe-se a estruturação normativa e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.

A proteção de dados no Brasil era regida por normas espaçadas, discrepantes, com lacunas e incoerências ocasionadas pela falta de norma regulamentadora específica, desta forma, a LGPD organizou em um sistema de tratamento de dados nacional. Desempenha

papel fundamental na promoção da tutela de dados na esfera infraconstitucional e ampliou nacionalmente a defesa de tais direitos. (MENK; DRESCH, 2021).

A proteção de dados deriva do conceito de privacidade, isto é, do direito de preservar informações pessoais e da intimidade. Inicialmente, o direito à vida privada surge no artigo 12 na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948. A proteção da privacidade surge antes da internet e do desenvolvimento de computadores. (ROCHA, 2020).

No âmbito nacional, a privacidade das informações pessoais e da intimidade, os incisos X e XII do artigo 5º da CF/88 trouxeram a previsão de proteção de sigilo de tais informações. A tutela da privacidade está relacionada com a proteção e tratamento de dados pessoais, visto que compreende não apenas a defesa da intimidade e da vida privada como também a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (DONEDA, 2020).

A segurança da informação é matéria tratada pelo CDC, em virtude desse ordenamento, foi introduzido ao tratamento jurídico brasileiro princípios como: O direito ao acesso à informação pelo consumidor, a gestão do banco de dados como um dever dos fornecedores, a responsabilidade dos fornecedores, o consentimento para cadastro e ações relacionadas aos dados pessoais do consumidor, proibição da omissão de informações dos consumidores, bem como inversão do ônus da prova contra o fornecedor. (BLUM; MALDONADO, 2020).

Nesta perspectiva, o CDC (BRASIL, 1990) em seus artigos 43 e 44, estabeleceu normas para os bancos de dados e cadastros de consumidores:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no artigo 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Art.44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

Estabelece a garantia dos direitos de acesso, retificação e eliminação de dados, bem como o acesso às informações constantes de bancos de dados e cadastros, de forma assegurada aos consumidores. Dentre as disposições do acesso à informação do

consumidor, cabe ressaltar as existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivadas e suas respectivas fontes. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

Por conseguinte, a Lei de Arquivos Públicos versa sobre informações dos cidadãos armazenados pelo Estado ou terceiros, estabelecendo o direito ao cidadão de receber de órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral que estejam contidas em documentos de arquivos, conforme previsão do artigo 4º do instrumento. Em seguida, a Lei nº 9.296/1996 introduziu a regulamentação da Interceptação Telefônica ao tratar do ingresso na intimidade pelo interesse público. Logo, a Lei nº 9.472/1997 - Lei Geral de Telecomunicações estabelece direitos aos usuários, dentre eles cabe destacar a previsão do direito a inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação. Bem como, a Lei nº 9.507/1997 - Lei do *Habeas Data*, regulamenta o direito constitucional de acesso à informação, também em seu artigo 7º o direito de retificação de dados. (MENK; DRESCH, 2021).

No que concerne a proteção de dados no Código Civil – CC/2002, pode-se destacar a proteção da vida privada no artigo 21 (BRASIL, 2002):

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A portaria nº 5/2002 da Secretaria de Direito Econômico, instituiu como abusivas cláusulas contratuais que invadam a privacidade do consumidor, isto é, veda as cláusulas que visam autorizar o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes para compor banco de dados e/ou cadastros de consumidores sem comprovar notificação prévia. Obsta também a cláusula que obriga o consumidor a manifestar-se contra a transferência para terceiros, seja de forma onerosa ou não, dos dados cadastrais dos quais o fornecedor tem em seu poder e/ou autorize que o fornecedor investigue a vida privada do consumidor. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

A gestão e formulação dos dados de identificação das famílias do cadastro único para programas sociais do governo, foram regulamentados no artigo 8º do Decreto 6.135/2007. O sigilo e a proteção dos dados coletados pelo censo da educação foram normatizados pelo Decreto 6.425/2008, restringindo sua utilização para os previstos na legislação educacional. O Decreto nº 6.523/2008, que fixa as normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, institui em seu artigo 11 a preservação

dos dados pessoais do consumidor deve ser mantida em sigilo e utilizados com a finalidade exclusiva de atendimento. (MENK; DRESCH, 2021)

A Lei nº 12.414/2011 - Lei do Cadastro Positivo disciplina o banco de dados que relaciona às operações financeiras e de adimplemento utilizadas para concessão de crédito, para formação de histórico de crédito. A Lei nº 12.527/2011 - Lei de acesso à informação disciplina o tratamento de dados pessoais estabelece a diferenciação legal entre informações pessoais e informações comuns. A Lei nº 12.964/2014 - Marco Civil da Internet iniciou a legislação de direitos e garantias do cidadão em meio digital. Fundamentada na proteção da privacidade e dos dados pessoais, o Marco Civil da Internet estabeleceu a necessidade do consentimento do usuário para a coleta, uso, armazenamento, tratamento de dados pessoais e transferência para terceiros. Bem como, o direito do usuário em requerer a exclusão definitiva de seus dados pessoais após o encerramento de uma relação de uma determinada aplicação na Internet. (BIONI, 2020).

A Lei nº 13.709/2018 - LGPD, regulamenta o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. O documento foi inspirado na GDPR que regulamenta a proteção de dados e a privacidade da União Europeia.

III- Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados e do direito do Consumidor

Conforme exposto anteriormente, a defesa do consumidor é um dos fundamentos da LGPD, nesse sentido faz-se necessário entender a como os princípios norteadores dessas esferas do direito estão interligados. Bem como, conceitualizar tais elementos essenciais para o entendimento da respectiva lei.

O princípio da boa-fé é basilar na LGPD e no direito do consumidor, visto que o princípio é uma fonte de relações jurídicas não expressas, isto é, através da boa-fé há o reconhecimento de deveres jurídicos de conduta. Observamos o princípio da boa-fé na tutela das legítimas expectativas do titular dos dados em face do controlador no tratamento de dados, firmado no consentimento, na finalidade de uso e tratamento. O artigo 6º, caput, da LGPD, define expressamente que a boa-fé deve ser observada no tratamento de dados, isto é, faz-se essencial que seja considerado os legítimos interesses alheios. (MIRAGEM, 2020).

Na esfera consumerista do tratamento de dados, a boa-fé deve respeitar à eficácia vinculativa da oferta e à preservação da integridade da informação pré-contratual do

fornecedor, conforme disposto no artigo 30 do CDC. Em suma, as informações serão consideradas vinculantes ao gerar expectativa legítima mesmo que anteriores ao pacto contratual ou adversas ao instrumento escrito visto que está amparada no princípio da boa-fé. (TARTUCE; NEVES, 2021).

O princípio da Finalidade é requisito para a obtenção do consentimento na utilização e tratamento de dados, visto que o titular ao consentir com o uso de seus dados o faz para finalidade expressa, certa e determinada. Faz-se assim essencial para realização do tratamento que seja propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades, conforme dispõe artigo 6º, I, da LGPD. Deste modo, é criado um vínculo entre a informação e a sua origem que deve ser considerado no processamento dos dados. O princípio da finalidade atua na prevenção da utilização secundária da informação da pessoa sem o consentimento do titular. (DONEDA, 2020).

O princípio da adequação é a conformidade do tratamento de dados com as finalidades informadas pelo titular, previsto no artigo 6º, II, da LGPD. Diretamente relacionada com o consentimento do titular, a adequação visa preservar o vínculo entre a finalidade de uso estabelecida pelo titular e a realização do tratamento de dados. (MALDONADO; BLUM, 2020).

O princípio da necessidade, artigo 6º, III, da LGPD, trata-se da limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, de forma a utilizar os dados pertinentes de modo proporcional e não excessivo com relação a finalidade consentida pelo titular, a atividade é executada apenas quando não houver outros meios de atingir os objetivos. Assim, o tratamento de dados condiciona o volume ou qualidade dos dados necessários de modo restrito ao direito de proporcionalidade, a adequação e a finalidade. (DONEDA, 2020).

O princípio do livre acesso a garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais, conforme artigo 6º, IV, da LGPD. O titular dos dados desempenha participação no seu tratamento através do exercício do consentimento e na possibilidade de obter conhecimento sobre os moldes e extensões em que o tratamento é realizado. O princípio do livre acesso permite ao titular obter cópia dos registros existentes, inclusive para que possa realizar correção de informações incorretas, imprecisas ou acrescentar dados verdadeiros que favoreçam o seu interesse. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN, 2019).

O princípio da qualidade dos dados, prevê ao titular de dados a possibilidade de exigir que seus dados exatos, claros, com relevância e atualização de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento, dispõe artigo 6º, V, da LGPD. O direito de correção, cabe ao titular quando os dados estiverem incompletos, inexatos ou desatualizados, conforme artigo 18º, III, da LGPD. Bem como, é direito do titular a anonimização, bloqueio e eliminação de dados que sejam considerados desnecessários, excessivos ou que o tratamento não esteja em conformidade com a lei, conforme artigo 18º, IV, da LGPD. Essas previsões legais têm como propósito impedir que os dados que não estão em conformidade com a legislação sejam associados ao titular. (MIRAGEM, 2020).

O princípio da transparência é a expressa garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial, conforme artigo 6º, VI, da LGPD. A transparência é um prolongamento da boa-fé, através de informações claras, precisas e acessíveis ampara os titulares e os respectivos agentes sobre a realização do tratamento, limita-se no respeito aos segredos comerciais e industriais. (TARTUCE; NEVES, 2021).

O princípio da segurança é estabelecido pela utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, conforme artigo 6º, VII, da LGPD. Trata-se do princípio relacionado com a privacidade, visto que versa sobre a indispensabilidade de estabelecer mecanismos para proteger os dados, bem como assegurar que os dados sejam de acesso apenas a pessoas autorizadas. Em suma, é essencial estabelecer medidas para promover a prevenção. de danos. (FERREIRA; LIMA, 2021).

No âmbito consumerista, o princípio da segurança refere-se ao dever geral de prestação de serviço de qualidade, previsto nos artigos 8º e 17º do CDC, assim contempla o dever do adequado tratamento dos dados pessoais do consumidor, compõe o dever de segurança com o indivíduo e o seu patrimônio. Por conseguinte, esse dever de segurança ou o cuidado dos fornecedores com seus produtos e serviços, trata-se de uma fonte do dever de segurança previsto no CDC. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2021).

O princípio da prevenção trata-se da adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, conforme o artigo 6º, VIII, da LGPD e artigo 6º, VI, do CDC. Cabe aos fornecedores, proporcionarem condições para

que o direito à privacidade do consumidor seja preservado em todas as etapas de desenvolvimento de seus produtos ou prestação de serviços que envolva o tratamento e a segurança dos dados. Bem como, atuar dentro dos limites razoáveis de coleta de boas práticas para conservação, descarte e precisão dos dados. (TARTUCE; NEVES, 2021).

O princípio da não discriminação trata da impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, conforme artigo 6º, IX, da LGPD. O tratamento de dados é marcado pela segmentação personalizada de dados pessoais, assim há separação e diferenciação inerente ao exercício da atividade. Não obstante, a legislação refere-se à discriminação ilícita utilizada para fins de diferenciação dos indivíduos enquanto características, como instrumento de perpetuação de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (MIRAGEM, 2020).

O princípio da responsabilização e prestação de contas determina a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas, conforme artigo 6º, X, da LGPD. Tal princípio dimensiona os controladores e operadores a responsabilidade do fiel cumprimento das exigências legais e garantia dos objetivos e fundamentos dos ditames legais. Está diretamente interligado com aos princípios da transparência e da prevenção, visto que é fundamental que os procedimentos estejam em conformidade legal e de modo comprovadamente eficaz. (MALDONADO; BLUM, 2020).

Interpreta-se a possibilidade da aplicação desses princípios nas relações consumeristas, em destaque, na tutela dos dados sobre a titularidade do consumidor. Desse modo, norteia-se as etapas de tratamento de dados e o entendimento em relação a proteção da figura do consumidor em todas as definições normativas que versarem sobre a temática. Visto que os princípios da boa-fé, transparência, segurança, prevenção, qualidade de dados, livre acesso, não discriminação, necessidade e da finalidade podem ser estudados de modo interdisciplinar.

IV- A figura do consentimento no tratamento de dados nas relações consumeristas

Com o advento da LGPD, a substancialização do consentimento é amplamente debatida, uma vez que é um elemento primordial ao discutir o tratamento e a proteção de dados. O consentimento do titular é uma das bases legais para o tratamento de dados

personais. Tendo vista essa percepção, faz-se necessário compreender a maneira como o consentimento é concebido no âmbito consumerista da proteção de dados.

Considera-se o consentimento como a manifestação de vontade, do titular dos dados, como livre, informada, específica e explícita em que através de declaração ou ato positivo inequívoco permite que seja efetuado o tratamento de seus dados pessoais. Compreende-se por livre o direito do titular de facultar entre permitir ou não a utilização dos seus dados, de forma que não intervenham ou viciem o seu consentimento. É por meio do consentimento que o titular de dados expressa a sua autonomia individual e controle sobre seus direitos de personalidade. (BIONI *et al*, 2021).

A legislação estabelece requisitos essenciais ao instituto do consentimento, tal como, o deve de ser realizado de livre vontade do titular, que tenha finalidade específica e que seja do conhecimento do titular o motivo pelo qual os dados serão utilizados e processados, bem como, a possibilidade do indivíduo não consentir o seu tratamento. Tais requisitos fazem com que a LGPD esteja em consonância com a GDPR. Dessa forma, a manifestação de vontade do consumidor pode ser entendida como consentimento nos negócios jurídicos de consumo, visto que o silêncio não representa anuência, nem permite o abuso ou ilicitude. Assim, conforme artigo 7º, I, da LGPD, o consentimento deve seguir os requisitos substanciais e formais. (MIRAGEM, 2020).

A fim de fornecer o consentimento, a manifestação de vontade do titular deverá obedecer o disposto no artigo 8º da LGPD (BRASIL, 2018), estabelece que:

Art. 8º. O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

Cabe destacar que a manifestação de vontade deve ser feita com finalidade determinada para a utilização dos dados, não podendo ser uma autorização genérica para tratamento de dados. Sendo assim, a declaração de vontade do titular dos dados está ligada diretamente a determinadas finalidades. Logo, no que diz respeito a manifestação de vontade, não poderá ocorrer redação de modo exemplificativo, exceto nos casos previstos na LGPD e no direito do consumidor. (MIRAGEM, 2020)

Tendo em vista o entendimento doutrinário, o consentimento pode ser dado ou revogado, já que possui caráter temporário. Os tratamentos de dados durante a validade do consentimento continuam ratificados nos moldes da LGPD. Ao realizar a revogação, os agentes de tratamento devem terminar imediatamente as operações realizadas com os dados pessoais, além de realizar a eliminação deles do seu banco de dados, resguardadas as exceções do artigo 16 da LGPD. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN. 2019).

Dessa forma, conforme o artigo 8º, § 5º, da LGPD, a revogação de consentimento pode ocorrer a qualquer momento, desde que expressa e não necessita de justificativa. (BRASIL, 2018).

O consentimento é requisito obrigatório compartilhamento de dados cadastrais, transnacionais e de serviços dos clientes em diversas relações comerciais. Deste modo, no âmbito das relações de consumo, atua como pressuposto do contrato entre as partes. Figura em destaque tanto no campo da proteção de dados como no consumerista. Possui papel fundamental para a configuração do consumidor e do titular de dados.

V- Da vulnerabilidade do consumidor face a publicidade direcionada.

No âmbito do direito consumerista, o ordenamento brasileiro visa promover o equilíbrio entre duas partes de uma relação de poder desigual, seja decorrente da desigualdade financeira entre fornecedor e consumidor, por interesses e necessidades dos envolvidos ou conhecimento sobre a atividade ou serviços prestados. O uso comercial da internet, insere o consumidor em um novo modelo de mercado, que por meio de algoritmos e sistemas direcionam de forma personalizado o consumo. Assim, diante da possibilidade de desequilíbrio faz-se necessário entender esse processo somado a aplicação da publicidade direcionada.

Entende-se como vulnerável a pessoa em estado de inerente risco ou que exista que esteja relação de confronto excessivo aos interesses de mercado, tal condição pode ser provisória ou permanente e pode atingir tanto o indivíduo quanto a coletividade. A circunstância em que o indivíduo está fragilizado ou enfraquecido e essa condição faz com que a relação jurídica seja desequilibrada. Os ordenamentos que tutelam acerca da vulnerabilidade explicam-se, fundamentam e aplica-se em torno desse entendimento. Previsto no artigo 4º, I do CDC, a vulnerabilidade nas relações de consumo é tida como

presunção legal a todos os consumidores que são pessoas naturais. (SARLET; TRINDADE; MALGARÉ. 2021).

Diante da vulnerabilidade do consumidor, o CDC reconhece a indispensável atuação do Estado para promover a proteção do indivíduo, por conseguinte, a proteção da liberdade do consumidor, a parte mais fraca da relação de consumo. Trata-se do empenho para atingir não apenas a liberdade formal, mas a material.

Por meio de limites de uso da informação sobre o consumidor pelo fornecedor, o CDC busca estabelecer equilíbrio nas relações consumeristas. Desde modo, o registro de dados negativos não deverá ser mantido por tempo superior a 5 anos. Nesse sentido, o arquivo de consumo com informações do consumidor tem como pré-requisito legal a solicitação individual decorrente de uma necessidade de consumo. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2021).

A LGPD fomentou transformações nas relações consumeristas, em especial à proteção do consumidor. Com o avanço tecnológico e a democratização da internet, as formas de obtenção de informações sobre os consumidores aumentaram progressivamente, de modo que é possível monitorar os padrões de comportamento do consumidor de forma direta e indireta. (DONEDA, 2020).

Ao tratar das relações consumeristas, o consumidor assume o papel de titular de dados pessoais que corresponde a posição mais vulnerável. Nesse sentido, (BIONI, *et al*, 2021, p.531), afirma:

Sabe-se que a marca da proteção do consumidor é sua presunção de vulnerabilidade. Ocorre que, diante das frequentes situações de coleta de dados pessoais nas mais variadas atividades informáticas – desde o mero uso de aplicativos, passando pela navegação na internet e uso de e-mails –, o consumidor/usuário fica alheio aos detalhes técnicos envolvido em tais atividades. A ele só resta confiar⁵. Igualmente, em tais contextos, sustenta-se não meramente a vulnerabilidade do consumidor, mas até mesmo sua hipervulnerabilidade, o que faz com que a informação a ser dada pelos fornecedores seja mais ampla e especializada, sobretudo acerca dos riscos envolvidos.

Conforme dispõe o artigo 18, §8º da LGPD, o direito de o titular requerer informações do controlador através de órgãos de defesa do consumidor, nesse sentido, presume-se a relação de consumo entre o prestador de serviço e o consumidor titular dos dados. Essa garantia possui amparo constitucional, visto que é dever da livre iniciativa respeitar a defesa do consumidor, bem como, o CDC que estabelece direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos nas relações consumeristas. Essencialmente, é

estabelecida a integração normativa entre institutos legislativos para promoção da defesa do consumidor, conforme dispõe o § único do artigo 55-K da LGPD, que prevê a atuação conjunta da ANPD com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências acerca da temática de proteção de dados pessoais. (CASCAES, 2019).

Entende-se como publicidade direcionada, a mecanismos de *marketing* utilizado pelo mercado para atingir o consumidor, de modo que, através da personalização, determinado produto atinja o indivíduo de forma específica, para fomentar transações futuras ou imediatas. A publicidade comportamental depende da capacidade dos fornecedores de coletar e processar informações dos consumidores, bem como, o consumidor consentir com o compartilhamento de dados e disponibilidade para usar seus serviços de personalização. Todavia, há um inerente risco ao consumidor de ficar rendido aos serviços digitais decorrentes da publicidade direcionada, sob a justificativa dos fornecedores da aplicação do instrumento para melhora individualizada do atendimento ao consumidor para atingir a sua satisfação. (SARLET; TRINDADE; MALGARÉ, 2021).

Nesse sentido, é necessário averiguar o quanto o tratamento de dados interfere nas relações de consumo do consumidor, especialmente de que forma o indivíduo possui influência quanto as suas opções para relação ao tipo de dado coletado e para com os seus possíveis usos. Visto que mapear o perfil do consumidor, o coloca em uma situação de desequilíbrio, de modo que a legítima expectativa quanto titular de dados pode não ser observada. O ato decisório na relação de consumo é diretamente influenciado. (BIONI, *et al* 2021).

Quando a publicidade direcionada se configura como indesejada, é também considerada uma prática abusiva. Em razão da potencialidade de aumentar a assimetria no âmbito da informação das relações consumeristas, de mesmo modo que pode promover a discriminação entre os consumidores e outras lesões de direitos. (MAGRANI, 2019).

Se faz necessário, principalmente, a adoção de métodos de transparência que permitam ao titular dos dados se opor a determinado tratamento irregular. Quanto mais visível e fácil essa prática, mais será considerado uma aplicação do legítimo interesse como base legal válida. Logo, contratos que determinam os deveres dos agentes da cadeia de tratamento de dados pessoais é algo básico, e pode ser complementado por relatórios de impacto e códigos de boas condutas a proteção de dados pessoais. (BIONI *et al*, 2021).

Diante do apresentado, a vulnerabilidade do consumidor acrescido do uso indiscriminado da publicidade direcionada pode ser lesiva ao indivíduo. Em virtude de condicionar o indivíduo com o uso da personalização de dados, de modo que nem sempre esse procedimento pode interferir diretamente em sua liberdade.

VI- Vazamento de dados e aplicação da proteção de dados do consumidor

O tratamento de dados do consumidor atinge grande relevância mercadológica, pois com o desenvolvimento da internet e o alcance das redes sociais, as relações de consumo modernizam-se de maneira célere. O presente tópico visa a abordagem da aplicação da LGPD e do CDC na ocorrência de vazamento de dados do consumidor, resultantes do tratamento irregular por parte do controlador. Nesta perspectiva, é primordial compreender os elementos que gira em torno da exposição indevida de dados pessoais.

No que tange o vazamento de dados, entende-se como a exposição e acesso não autorizado, de informações e dados sigilosos de pessoas físicas ou jurídicas, isto é, objetiva-se o uso malicioso ou ilícito desses dados. Tendo em vista a violação de sistemas, cabe ao controlador o estabelecimento de procedimentos e políticas para promover a proteção efetiva dos dados ou mitigar os dados. (OLIVEIRA, 2022)

Entende-se que a proteção de dados pessoais é um direito da personalidade e direito fundamental, logo o titular dos dados tem poder sobre a autodeterminação da utilização e tratamento destes dados, para finalidades legítimas e previstas em lei, mediante seu consentimento ou nos casos de acesso para finalidades previstas legalmente. Outra questão é o risco que o tratamento de dados pode gerar, já que informações incorretas podem ser associadas a uma pessoa, lhe gerando prejuízo, logo o titular dos dados tem direito a correção dos dados que estão sendo tratados. Esse direito já era consagrado no CDC e na Lei nº 12.414/2011 como cadastro positivo. (DANTAS *et al*, 2022).

Cabe mencionar, como procedimento para visar a segurança ao término do tratamento deve-se aplicar a exclusão de dados, de modo que a inexistência do dado impede a possibilidade de futuros vazamentos, conforme prevê o artigo 15 da LGPD. (BRASIL, 2018).

Ainda, a fim de evitar o vazamento de dados é tida como obrigação do fornecedor a o tratamento regular dos dados, assim, entende-se como tratamento irregular aquele em

que a segurança efetiva não compreender a expectativa legítima expectativa do titular. Bem como, a ocorrência de dano decorrentes de incidentes pela carência da segurança, configura-se como risco inerente a atividade de tratamento de dados a possibilidade de invasão e acesso não autorizados por terceiros, bem como, a possibilidade de vazamentos. (ANDRADE; TABARELLI, 2021).

Assim, ainda que o vazamento seja um risco inerente ao tratamento de dados é tido como dever de o controlador observar, conforme o fundamento nos princípios da prevenção e segurança, o adequado procedimento e a estruturação dos sistemas a fim de evitar que os incidentes ocorram. Todavia, na ocorrência de incidentes de divulgação indevida de dados decorridos do tratamento irregular cabe a legislação estabelecer a responsabilidade e sanções.

VII- Das sanções administrativas

É possível inquirir que há uma dificuldade em estabelecer a concepção de infração no campo da proteção de dados brasileira. Em proteção de dados as punições através de sanções são aplicadas as condutas omissivas e comissivas, definidas no ordenamento. Entretanto a LGPD estabelece normas prescritivas ou impositivas, ou seja, incidência a partir da prescrição da conduta lícita. Dessa forma, não é claro o que constitui infração da LGPD.

Considerando que os excessos são compreendidos quando o agente realiza atitudes além de sua competência, ou quando não atua em consonância com o interesse público, gerando assim sanções nas esferas administrativas, penais, cíveis e políticas, conforme o disposto na legislação. Entretanto, em se tratando da atuação da ANPD, esta deve realizar decisões administrativas, conforme o art 52 da Lei, sempre mantendo a proporcionalidade entre violação e sanção. (FERREIRA; LIMA, 2021).

Quanto sanções aos agentes de tratamento, a LGPD (BRASIL, 2018) em seu artigo 52 prevê a advertência, multa simples, multa diária, publicização, bloqueio de dados pessoais e eliminação. Em se tratando do subjetivismo de alguns critérios presentes na norma, aparenta que a intenção do legislador foi compelir o agente fiscalizador a ponderar sobre o caso concreto, e buscar a melhor forma de sancionamento da empresa ou do órgão público ou privado, sem que ocorram excessos. Sendo assim, o artigo 52 da LGPD, possibilita no seu §4º que o cálculo da multa simples prevista no inciso II possa ser baseado num valor estimado, quando o agente fiscalizador acreditar que as

informações prestadas não foram idôneas, incompletas ou duvidosas. (CASCAES; BRESEGHELLO; TUTIKIAN. 2019).

Além disso, as sanções administrativas, mesmo com as possibilidades de aplicações isoladas ou cumulativas, ao refletir sob o caso concreto e suas peculiaridades deverão observar os critérios do artigo 52 § 1º da LGPD (BRASIL, 2018).

Para se definir a sanção aplicada deve-se considerar o princípio da proporcionalidade, dessa forma, será mediante um processo administrativo pautado por provas e ampla defesa, onde será analisada as circunstâncias, vantagem auferida, prejuízo causado, dentre outros fatores para se concluir a sanção. Ademais, a sanção deve se basear na razoabilidade, a administração deve considerar a boa-fé, cooperação e adoção de medidas corretivas como atenuantes e, nos casos de agravantes, considerar a reincidência e a vantagem obtida pelo autor. (FERREIRA; LIMA, 2021).

Em contrapartida, as sanções em caso de violações do direito do consumidor, previstos no CDC, possuem natureza penal. Isto é, são considera-se infração penal o ato de impedir ou dificultar o acesso do consumidor, deixar de corrigir ou de entregar informações ao seu respeito, conforme disposição dos artigos 72 e 73 do CDC. (BRASIL, 1990).

Quanto a inversão do ônus da prova, há similaridade entre a LGPD e o CDC, fundamenta-se na vulnerabilidade do consumidor, é um direito básico que se faz necessário para promover a isonomia processual entre as partes de uma relação jurídica de consumo. É um instrumento processual que atua para evitar que a vulnerabilidade do consumidor seja explorada pela outra parte e para facilitar a o acesso a justiça. (MACHADO; BATISTA; CAYRES, 2018).

Diante disso, quanto a aplicação das sanções administrativas, trata-se de penalidades que podem compreender um alto valor pecuniário. Todavia, as aplicações das sanções administrativas ainda se concentram em recomendações e advertências educativas.

Considerações Finais

O presente estudo teve como intuito analisar a proteção de dados brasileiros sob a ótica do direito do consumidor. Como visto, A segurança da informação já era matéria tratada pelo CDC, disposto na Lei nº 8.078/1990. Em virtude desse ordenamento, foi introduzido ao tratamento jurídico brasileiro princípios como: O direito ao acesso à

informação pelo consumidor, a gestão do banco de dados é um dever dos fornecedores, responsabilidade dos fornecedores, o consentimento para cadastro e ações relacionadas aos dados pessoais do consumidor, proibição da omissão de informações dos consumidores, bem como inversão do ônus da prova contra o fornecedor.

Ao longo do trabalho, observou-se que a LGPD trouxe novos mecanismos e instrumentos que ampliam os conceitos previstos no CDC atualizando-o a nova realidade do uso e obtenção de dados. Conforme o avanço do uso da internet nas diversas relações burocráticas, sociais e consumeristas, há também a maior propensão ao risco de vazamento de dados, ameaças cibernéticas, fraude e apropriação de dados. Em resposta a essa conjuntura, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, que versa principalmente sobre alternativas para mitigar questões que ameaçam o direito à privacidade.

Com base no exposto, conclui-se que é fundamental que o fornecedor promova o tratamento regular de dados do consumidor, essencialmente, de modo que atenda aos princípios da boa-fé, transparência, segurança, prevenção, qualidade de dados, livre acesso, não discriminação, necessidade e da finalidade podem ser estudados de modo interdisciplinar.

Bem como, consta-se que o consumidor está duplamente vulnerável no tratamento de dados nas relações de consumo, visto que a sua vulnerabilidade enquanto parte mais fragilizada da relação de consumo é somada a sua posição como titular de dados. De modo que, é essencial a tutela da proteção de dados sob a ótica consumerista para que seja promovida uma relação equilibrada que preserve os direitos do indivíduo quanto a sua privacidade e personalidade.

Portanto, entende-se que a LGPD é um avanço na proteção de dados, melhorando a segurança jurídica dos usuários da internet. Entretanto, para ser efetiva, será necessária uma maior preparação da sociedade, desde o início da vigência da lei, e diversas empresas ainda não sabem como farão para se adaptar, devendo ao governo promover formas de ensino de como realizar essas adequações. Ademais, cabe a conscientização da população, que a proteção de dados é um direito seu.

A atuação da LGPD é fundamental para a economia brasileira no contexto global, visto que a proteção de dados tem se desenvolvido nas legislações de diversos países, conforme apontamos anteriormente. Assim, o papel da empresa enquanto controladora é promover treinamentos e a conscientização dentro da sua estrutura para assim, evitar a lesão de direito e sanções. Ainda, aplicabilidade das sanções na LGPD, ainda é necessita-

se de ampliação na fiscalização e punibilidade, visto que as sanções administrativas ainda se concentram em recomendações e advertências educativas.

Ressalta-se, por fim, que a intenção da presente pesquisa não foi esgotar o tema, tendo em vista seu amplo debate e considerando que, certamente, novas questões acerca das relações consumerista no campo da proteção de dados ainda surgirão no campo jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado / Fabrício Bolzan de Almeida. – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AMARAL JR., Alberto do. Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. São Paulo: Ed. RT, 1993;
- ANDRADE, Mariana; TABARELLI, Liane. Proteção de dados pessoais e responsabilidade civil dos fornecedores de serviços e produtos em caso de vazamentos de dados de consumidores: Culpa ou risco com fundamento para o dever de reparar? Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/mariana_andrade.pdf Acesso em: 18 de Setembro 2022.
- BENJAMIN, Antônio Hermann. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 9. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. Et Al. Tratado de Proteção de dados pessoais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais. A função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane Nóbrega; LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. O direito à privacidade e a proteção dos dados do consumidor. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei 9507/1997 – Habeas Data. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em:

CASCAES, Amanda Celli. 30 anos do Código de Defesa do Consumidor : A evolução das relações de consumo. 1ª ed. Editora Singular. 2020

CASCAES, Amanda Celli. Et. Al. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados à luz do Código de Defesa do Consumidor. 1ª ed. Editora Singular. 2019

DANTAS, Fernando. Et. Al. Proteção de dados pessoais, concorrência e o direito do consumidor: Os desafios da interface entre as matérias e autoridades competentes na era digital. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-de-dados-pessoais-concorrencia-direito-do-consumidor-19022022>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais- Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020.

FERREIRA, Herbert Alcântara; LIMA, Rafael Antônio Gonçalves. LGPD comentada artigo por artigo. 1ª ed. Editora Fontenele, 2021.

MACHADO, Ednilson Donisete; BATISTA, Daniela Ferreira Dias; CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto. Inversão Do Ônus Da Prova No Direito Do Consumidor. Percurso, v. 4, n. 27, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3169>. Acesso em: 30 set. 2022

MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiper conectividade. Porto Alegre: Arquipélago, 2019

MANNINO, Michael V. Projeto, desenvolvimento de aplicações e administração de banco de dados. Trad. Beth Honorato. 1ª ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2008.

MENK, Fabiano. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Lei Geral de Proteção de dados – Aspectos Relevantes. São Paulo. 1ª ed. Editora Foco. 2021

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de. Vazamento de dados pessoais e responsabilidade civil: Compatibilidades e conflitos entre o código de defesa do consumidor e a Lei Geral de proteção de dados. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/478/514>. Acesso em: 18 de Setembro 2022.

SANTANA, Héctor Valverde; MARQUES, Claudia Lima; BEN JAMIN, Antonio Herman. Dano moral no direito do consumidor. 3ª ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. TRINDADE, Gustavo Neubarth e MELGARÉ, Plínio. Proteção de dados: temas controvertidos. 1ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021."

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor – Direito material e processual. 10ª ed. Editora Método. 2021.

WACHOWICZ, Marcos. Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva: LGPD E RGPD na ótica do direito comparado. 1ª ed. Curitiba: Gedai, UFPR. 2020