

Ano 16 - Nº 1  
jan./jun. 2024  
Fortaleza-CE

# REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral  
ISSN Físico: 2527-0206  
ISSN Eletrônico: 2176-7939



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 16, Nº 1 (JAN./JUN. 2024) SEMESTRAL  
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206  
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

**Dados Internacionais da Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Ficha Catalográfica - Biblioteca da ESMPCE**

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 16, nº 1 (jan./jun. 2024) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2024.

Semestral

ISSN 2527-0206 (Físico)

ISSN 2176-7939 (Eletrônico)

Disponível também em versão eletrônica:

<http://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

**Elaborada pela Bibliotecária Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB 3/1162**  
**Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC**

# EXPEDIENTE

## Procurador-Geral de Justiça

Haley de Carvalho Filho

## Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Manuel Pinheiro Freitas

## Coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

### Editor-Chefe

André Luís Tabosa de Oliveira

### Editora-Executiva e Gerente de Pós-Graduação

Marcela Márjore Olímpio Pereira

### Conselho Editorial

Alexandre Pinto Moreira

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

André Araújo Barbosa

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Eneas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Hugo Vasconcelos Xerez

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

João Santa Terra Júnior

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlastic

Nicholas Cowdery

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

### Corpo de pareceristas

Alessander Wilckson Cabral Sales

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

André Zech Sylvestre

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Cláudia dos Santos Costa

Dairton Costa de Oliveira

Douglas Fischer

Eneas Romero de Vasconcelos

Fabiana Medeiros Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

José Borges de Moraes Júnior

Lucas Felipe Azevedo de Brito

Lincoln Simões Fontenele

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

João Santa Terra Júnior

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Jacqueline Faustino Alves do Nascimento

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nicholas Cowdery

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Roberto Carlos Silva

Rafael Matos de Freitas Moraes

Sheila Cavalcante Pitombeira

Venusto da Silva Cardoso

### Normalização e Revisão

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB3/1162

### Projeto gráfico e Diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

### Revisão ortográfica em língua portuguesa

Volnei Oliveira Araújo

### Gerente Administrativa

Lise Alcântara Castelo

### Chefe de Departamento de

### Desenvolvimento de Cursos

Kelviane Sombra

### Chefe de Departamento de Gestão por Competências

Mirella Grimaldi

### Assessor Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

### Periodicidade semestral

### Resumo em português, inglês ou espanhol

Rua Maria Alice Ferraz, 120. Luciano Cavalcante, Fortaleza-CE - CEP: 60.811-295.

**Fone:** (85) 3452.4521 / 3452.3709 / 3252.1790 / [www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)

**E-mail:** [revistaacademica.esmp@mpce.mp.br](mailto:revistaacademica.esmp@mpce.mp.br) / **Site:** <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO \_\_\_\_\_ 08

### ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

**A ATUAÇÃO DO DIREITO NA PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS**

*THE ACT OF THE LAW IN PRIVACY AND PROTECTION OF PERSONAL DATA*

*Antônia Ladymilla Tomaz Caracas Bandeira*

*Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira* \_\_\_\_\_ 13

**A EFICÁCIA DO DIREITO À CRECHE E PRÉ-ESCOLA: UM ESTUDO DE CASO SOB A ÓTICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO**

*THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO CARE AND PRESCHOOL: A CASE STUDY FROM THE PERSPECTIVE OF PUBLIC BUDGET*

*Cibelle Nunes de Carvalho Moreira* \_\_\_\_\_ 37

**ESTUDO DE CASO: A INVESTIGAÇÃO DA GRAVE CRISE NO SISTEMA PRISIONAL DA REGIÃO METROPOLITANA DE FORTALEZA (2016), QUE ANTECEDEU E MOTIVOU A REESTRUTURAÇÃO DO NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (NUINC) DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ**

*CASE STUDY: THE INVESTIGATION OF THE SERIOUS CRISIS (2016) IN THE PRISON SYSTEM OF THE METROPOLITAN REGION OF FORTALEZA, WHICH PRECEDED AND MOTIVATED THE RESTRUCTURING OF THE CRIMINAL INVESTIGATION CENTER (NUINC) OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF THE STATE OF CEARÁ*

*Humberto Ibiapina Lima Maia*

*Alice Iracema Melo Aragão*

*Samuel Mota Martins* \_\_\_\_\_ 61

**A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COLIDENTES E A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

*THE BALANCING OF COLLIDING PRINCIPLES AND THE APPLICATION OF THE PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION OF THE STATE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW*

*Iuri Rocha Leitão* \_\_\_\_\_ 85

**CONTROLE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS PARA O DIREITO BRASILEIRO**

*CONTROL OF CRIMINAL INVESTIGATION BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE: PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN LAW*

*Marcus Vinicius Amorim de Oliveira* \_\_\_\_\_ 103

**CONEXÕES VIRTUAIS E LIÇÕES REAIS: O SHARENTING E A EXPOSIÇÃO EXCESSIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO INSTAGRAM**

*VIRTUAL CONNECTIONS AND REAL LESSONS: SHARENTING AND THE EXCESSIVE EXPOSURE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ON INSTAGRAM*

*Milena Britto Felizola*

*Andressa Santiago Levino da Silva*

*Maria de Fátima Oliveira Vieira Farias* \_\_\_\_\_ 125

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: LIMITES NAS REDES SOCIAIS**

*FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: LIMITS ON SOCIAL NETWORKS*

*Morgana Torres Pereira* \_\_\_\_\_

149

**ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS**

**JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÃO: FATORES JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS**

*JUDGMENT AND DECISION-MAKING: LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS*

*Antonio Henrique Graciano Suxberger*

*Ricardo Rocha Leite* \_\_\_\_\_

173

**EL SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTERCULTURALIDAD Y SU COMPARATIVA CON EL SISTEMA PENAL DE CORTE OCCIDENTAL**

*O SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA NA PERSPECTIVA DA INTERCULTURALIDADE E SUA COMPARAÇÃO COM O SISTEMA PENAL DA CORTE OCIDENTAL*

*Ericka Stephanía González Salguero* \_\_\_\_\_

191

**JUSTICIA ALTERNATIVA Y PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA: EL MITO DE SU ANTAGONISMO**

*JUSTIÇA ALTERNATIVA E PRISÃO PREVENTIVA OFICIAL: O MITO DO SEU ANTAGONISMO*

*Héctor Carreón Perea* \_\_\_\_\_

205

**A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO: HATERS E A CULTURA DO ÓDIO**

*THE CONSTRUCTION OF THE ENEMY: HATERS AND THE CULTURE OF HATE*

*João Gaspar Rodrigues* \_\_\_\_\_

215

**O DANO MORAL COLETIVO E OS PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – UMA NECESSÁRIA RELEITURA**

*COLLECTIVE PAINAL DAMAGE AND PUBLIC ADMINISTRATION GOVERNING PRINCIPLES - A NECESSARY REVIEW*

*Leonardo Bellini de Castro* \_\_\_\_\_

237

## APRESENTAÇÃO

Temos a grande satisfação de publicar mais uma edição da Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, que chega ao seu 16º ano de existência com o orgulho de ter consolidado a classificação B3 no sistema Qualis da Fundação CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) do Ministério da Educação.

A classificação atribuída à nossa RAESMP significa o reconhecimento por parte do Conselho Técnico-Científico da Educação Superior da CAPES de que a publicação tem relevância no contexto da produção científica nos campos do Direito e das ciências humanas afins.

O reconhecimento da CAPES não teria acontecido sem os esforços do Editor-Chefe e da equipe da Escola Superior do MPCE para adequar a sua Revista Acadêmica aos mais elevados padrões de excelência, a começar pelo ingresso de prestigiados investigadores e professores no seu Conselho Editorial, passando pela admissão de artigos escritos em Espanhol e Inglês por profissionais e acadêmicos de várias partes do mundo, pela adoção do método de seleção às cegas (blind review), até a manutenção da periodicidade das edições.

A presente edição (Ano 16 – Nº 1) conta com 12 (doze) artigos, sendo 7 (sete) artigos internos e 5 (cinco) externos, com os seguintes títulos: (1) A construção do inimigo: haters e a cultura do ódio, (2) O dano moral coletivo e os princípios de regência da administração pública – uma necessária releitura, (3) Julgamento e tomada de decisão: fatores jurídicos e extrajurídicos, (4) El sistema sancionador indígena desde la perspectiva de la interculturalidad y su comparativa con el sistema penal de corte occidental, (5) Justicia alternativa y prisión preventiva oficiosa: el mito de su antagonismo, (6) A atuação do direito na privacidade de dados, (7) A eficácia do direito à creche e pré-escola: um estudo de caso sob a ótica do orçamento público, (8) Liberdade de expressão e discurso de ódio: limites nas redes sociais, (9) Controle da investigação criminal pelo Ministério Público: perspectivas para o Direito brasileiro, (10) A ponderação de princípios colidentes e a aplicação da proibição da proteção deficiente do Estado no Direito Penal brasileiro, (11) Estudo de caso: a investigação da grave crise no sistema prisional da Região Metropolitana de Fortaleza e (12) Conexões virtuais e lições reais: o sharenting e a exposição excessiva da criança e do adolescente no Instagram.

Com a publicação de mais este número da Revista Acadêmica, Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará segue cumprindo a sua missão institucional de difundir conhecimentos que são uteis e relevantes para a Instituição Ministerial, para o sistema de justiça e para toda a sociedade.

Boa leitura!

*Equipe da Revista Acadêmica ESMP*



A ATUAÇÃO DO DIREITO NA PRIVACIDADE  
E PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

*THE ACT OF THE LAW IN PRIVACY  
AND PROTECTION OF PERSONAL DATA*



# A ATUAÇÃO DO DIREITO NA PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS<sup>1</sup>

## *THE ACT OF THE LAW IN PRIVACY AND PROTECTION OF PERSONAL DATA*

*Antônia Ladymilla Tomaz Caracas Bandeira<sup>2</sup>  
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira<sup>3</sup>*

### RESUMO

O aumento da disseminação da informação abriu portas para inúmeras pessoas acessarem uma variedade de serviços digitais. Para salvaguardar o direito à privacidade e à proteção de dados, surgiu a necessidade de regular essa questão, por meio de legislações e criação de autoridades reguladoras. Objetivou-se discorrer sobre a atuação do direito na privacidade e proteção dos dados pessoais. Trata-se de revisão de literatura, com recorte temporal dos últimos 10 anos. Concluiu-se que a proteção de dados e a preservação da privacidade não são apenas teorias, mas também questões práticas que afetam a elaboração de regulamentações, o funcionamento das economias e a cultura empresarial.

**Palavras-chave:** dados pessoais; direito; era digital; lei geral de proteção de dados; privacidade.

### 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, frequentemente denominada de “Sociedade da Informação”, é caracterizada pelo papel central que a informação desempenha em seu desenvolvimento econômico. Esse fenômeno é impulsionado pelo crescente uso das tecnologias de comunicação e informação, que permitem o processamento e tratamento de dados em uma escala e velocidade sem precedentes. Isso, por sua vez, é fundamental para a geração de riqueza e o progresso social.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 23/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito, Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília (Unimar). Mestre em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7). Titular de Serventia Extrajudicial no Estado do Ceará – 1º Ofício de Araripe. E-mail: mila18891@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6710357621033651>. ORCID: 0009-0005-4240-9992.

<sup>3</sup> Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora titular do PPGD da Universidade de Marília (Unimar). E-mail: sarasuzi@unipar.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4193332125844267>. ORCID: 0000-0002-4919-6935.

Com o advento da economia digital nos anos 1990 e a globalização, a dependência dos fluxos internacionais de dados tornou-se mais evidente, destacando-se a necessidade de regulamentações para proteger dados pessoais. No Brasil, a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), busca garantir a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e desenvolvimento pessoal em um ambiente onde os dados pessoais desempenham um papel cada vez mais importante.

A definição de dados pessoais, de acordo com a LGPD, engloba informações relacionadas a pessoas identificáveis, que têm um impacto significativo na vida das pessoas e em suas relações. Proteger esses dados é essencial, pois sua coleta permite um mapeamento detalhado da personalidade dos titulares, o que, se mal utilizado, pode prejudicar o desenvolvimento da sua personalidade e manipular seus interesses.

A revolução tecnológica na comunicação originou a Sociedade da Informação, onde o acesso à informação em tempo real representa uma característica marcante. No entanto, essa facilidade de obtenção de dados também levanta questões sobre a privacidade dos indivíduos, criando conflitos entre garantias constitucionais e interesses sociais, como o direito à informação.

À medida que a influência digital se expande, os direitos à privacidade e à proteção de dados ganham uma importância ainda maior. O desequilíbrio de poder entre os controladores de dados e os indivíduos cujos dados estão envolvidos é evidente, exigindo regulamentações que garantam a eficácia desses direitos e, por extensão, o direito à liberdade.

Nesse contexto, o princípio da *privacy by design* emerge como um guia fundamental para a regulamentação, garantindo a proteção de dados desde o início do desenvolvimento de novas tecnologias. Esse princípio orienta a formulação de diretrizes normativas e metodologias de trabalho que assegurem a efetiva proteção dos dados pessoais em um mundo cada vez mais digitalizado.

Diante do exposto, este estudo foi desenvolvido a partir da temática que envolve a atuação do direito diante da privacidade de dados pessoais. Sendo assim, buscou-se responder ao seguinte questionamento: de que forma o direito pode atuar para garantir a privacidade dos dados de usuários frente à sociedade da informação?

Para responder ao questionamento proposto, esta pesquisa teve como objetivo geral destacar como o direito pode atuar para garantir a privacidade dos dados e como objetivos específicos, abordar a privacidade na contemporaneidade, discorrer acerca da necessidade da criação da LGPD, bem como esclarecer formas de proteção de dados pessoais.

A realização deste estudo justifica-se devido à relevância da proteção dos dados pes-

soais demandando-se, portanto, evitar que o fluxo de informações seja prejudicial ao livre desenvolvimento da personalidade humana ou à manipulação de seus interesses. Ressalta-se que, a análise da temática é importante devido aos diversos problemas que surgem em decorrência do conflito entre o direito à privacidade e outros interesses sociais, como o direito à informação. Assim, este estudo pode fornecer uma contribuição valiosa para a discussão dos desafios relacionados à privacidade, intimidade e superexposição na era digital, fornecendo elementos importantes sobre como equilibrar esses direitos e interesses em uma sociedade cada vez mais tecnológica.

Para o desenvolvimento deste estudo foi realizada uma revisão de literatura, tomando-se como base uma pesquisa bibliográfica a partir de autores de artigos científicos, publicações eletrônicas e livros que abordaram acerca da temática. Assim sendo, utilizou-se o recorte temporal referente aos últimos 10 anos, a fim de tornar o estudo o mais atual possível.

## 2 A PRIVACIDADE NA CONTEMPORANEIDADE

A concepção de privacidade tem evoluído desde a cunhagem do termo no final do século XIX, adaptando-se às diferentes situações e às demandas da sociedade ao longo do tempo. Com o avanço das tecnologias de informação e comunicação, houve uma expansão dos meios disponíveis, o que facilitou a coleta, o processamento e o uso de informações públicas e privadas. Isso desempenhou um papel fundamental na definição moderna de privacidade, centrada na ideia de autodeterminação informativa (Genso; Picoli; Luz, 2023, p. 24).

Conforme destacado por Genso, Picoli e Luz (2023, p. 24), inicialmente, o conceito de privacidade tem suas raízes no trabalho intitulado *The right to privacy*, escrito pelos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, e publicado em 1890 na revista jurídica da Universidade de Harvard, a *Harvard Law Review*. Esse artigo surgiu como resultado do desconforto causado pelo fato de a mídia americana expor e detalhar aspectos das vidas pessoais dos indivíduos, incluindo informações sobre a vida conjugal de Warren. Por meio desta obra, os autores tinham como objetivo estabelecer certos limites para a intrusão da imprensa na esfera privada das pessoas.

De acordo com Bioni (2021, p. 52), a partir da referida obra, é possível compreender o direito à privacidade como o direito de desfrutar de solidão, livre de qualquer intromissão externa, assim como o direito de determinar quais informações pessoais serão tornadas públicas. Isso se alinha com a lógica da privacidade, que implica na liberdade negativa de não sofrer interferência de terceiros.

Nesse contexto histórico, a privacidade era percebida como um privilégio vinculado

à propriedade, uma vez que apenas uma classe social, a burguesia, tinha a consciência e os meios para desfrutar desse direito. Ter a capacidade de isolar-se da sociedade, seja por escolha ou necessidade, a fim de desfrutar de total privacidade, era, portanto, um privilégio. Isso sugere que o surgimento da privacidade foi, na verdade, a aquisição de privilégios por parte de um grupo específico, em vez de uma necessidade intrínseca e natural de cada indivíduo (Machado, 2014, p. 32).

Ainda segundo Machado (2014, p. 33), embora a tecnologia traga benefícios evidentes para a sociedade, também suscita várias preocupações relacionadas aos direitos fundamentais que foram conquistados ao longo da história. Isso se torna especialmente relevante, quando a rápida transferência de informações e dados pessoais afeta, diretamente, o controle da privacidade individual. Portanto, hoje em dia, a tradicional definição de privacidade como o “direito de ser deixado em paz” mostra-se inadequada, uma vez que o debate sobre esse direito não se limita apenas à proteção da esfera privada contra intromissões externas, mas se expande para outras dimensões, como a capacidade de cada indivíduo controlar a utilização de suas próprias informações.

Percebe-se que o conceito de privacidade evoluiu substancialmente, e a concepção tradicional de privacidade como o “direito de ficar sozinho” difere, significativamente, da nova perspectiva de privacidade, que é vista como o “direito à autodeterminação informativa”. Essa última definição atribui a cada indivíduo o verdadeiro controle sobre suas informações e dados pessoais (Bioni, 2021, p. 17).

A noção de autodeterminação informativa foi introduzida pelo jurista Stefano Rodotà, que propôs esse novo conceito de privacidade como resposta à necessidade de afirmar a autonomia do indivíduo na era da sociedade da informação. Hoje, é evidente que o conjunto de dados pessoais desempenha um papel significativo no controle dos aspectos fundamentais da identidade de uma pessoa, funcionando como determinantes que definem a individualidade (Eler, 2016, p. 22).

É fundamental o controle individual sobre as informações pessoais na sociedade da informação. A proteção de dados é um direito fundamental significativo, que visa proteger a personalidade do indivíduo, não mais centrado na propriedade. Isso implica que a privacidade é o direito de controlar as próprias informações. Destaca-se a necessidade de o indivíduo ter poder legal para controlar as informações fornecidas, dado o aumento da dependência entre o fornecimento de informações e o uso de serviços, enquanto alerta sobre os perigos da coleta indiscriminada de dados, que pode resultar no surgimento de novas formas de poder sobre as pessoas (Eler, 2016, p. 22).

Como aponta Cancelier (2017, p. 47), a digitalização do cotidiano trouxe inúmeros benefícios, mas também tornou complexo o debate sobre privacidade. Na internet, o controle sobre nossas ações é mais desafiador, pois as ações digitais são profundas e o

seu alcance é vasto, com a viralização da informação sendo uma faceta atraente, mas perigosa. O anonimato virtual e a exposição deliberada se tornaram comuns, levando a uma evasão da privacidade. Legalmente, a proteção da privacidade concentra-se, principalmente, na invasão, negligenciando o mau uso de informações obtidas. É importante frisar que a Lei Carolina Dieckmann tipifica crimes informáticos, incluindo a invasão de dispositivos informáticos alheios.

### **3 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: ALÉM DA LGPD**

A partir da metade do século XX, a sociedade passou por uma série de transformações em sua estrutura, impulsionadas pelos avanços tecnológicos originados nos Estados Unidos, que agora constituem as maiores empresas de tecnologia globalmente conhecidas como *big techs* (Genso; Picoli; Luz, 2023, p. 37). Segundo Bioni (2021, p. 21), neste novo paradigma social, a informação desempenha um papel fundamental, sendo o elemento que reestrutura e reorganiza a sociedade. De acordo com Doneda (2021, p. 64), à medida que o volume de informações cresceu, ou seja, com o aprimoramento das capacidades técnicas de coletar, processar e aplicar dados, a relevância dessas informações também se elevou.

No passado, o Estado era o principal detentor e usuário das informações pessoais da população. No entanto, com avanços tecnológicos recentes, que tornaram mais fácil e acessível a coleta e o processamento de informações pessoais, as entidades privadas também passaram a aproveitar esses dados (Doneda, 2021, p. 64). O acesso a informações como os hábitos de consumo dos cidadãos permitiu ao setor empresarial aprimorar suas estratégias de mercado, segmentar produtos e serviços e melhorar a abordagem publicitária, aumentando as chances de sucesso junto ao público-alvo (Bioni, 2021, p. 21). Isso evidencia a importância dos dados pessoais dos cidadãos como um elemento importante para impulsionar a economia da informação. Além disso, a difusão da tecnologia e a ampla digitalização se tornaram ubíquas, impactando todas as esferas da vida a nível global, incluindo os aspectos sociais, econômicos e culturais, como destacado por Genso, Picoli e Luz (2023, p. 38).

O debate sobre a proteção de dados não se limita ao Brasil, e a criação de regulamentações para o tratamento de dados pessoais não é uma novidade local. No entanto, a sociedade atualmente demanda proteção legal eficaz para os indivíduos. No Brasil, a Constituição Federal (CF) de 1988 inicialmente abordava a questão da informação por intermédio de garantias como a liberdade de expressão, o direito à informação e à inviolabilidade da vida privada. Além disso, a legislação incluiu medidas específicas, como

a proibição da invasão de domicílio e a violação de correspondência, para proteger a privacidade conforme a concepção clássica (Doneda, 2021, p. 64).

O direito à privacidade é mencionado no art. 5º, inciso X, da CF/88, onde é considerado um bem que não pode ser violado. Adicionalmente, a proteção do sigilo de dados, estabelecida no art. 5º, inciso XII, da CF/88, complementa a garantia da intimidade e vida privada (Brasil, 1988). Ambas as disposições, que visam proteger a privacidade, são governadas pelo princípio da exclusividade, com o objetivo de assegurar esse direito a todos os cidadãos (Barreto Junior; Sampaio; Gallinaro, 2018, p. 35).

Para Ferraz Júnior (1993, p. 13), o que é exclusivo diz respeito às escolhas pessoais, que são influenciadas pela subjetividade do indivíduo e não estão sujeitas a normas ou padrões objetivos. Diante da esfera da privacidade, encontra-se a intimidade. A intimidade não requer exposição pública, pois não afeta os direitos de outras pessoas. No contexto da privacidade, a intimidade é o direito mais exclusivo.

Na concepção de Silva (2011, p. 18), o extenso sistema de informações digitais resulta em uma fragmentação das identidades das pessoas, expondo completamente sua individualidade. O risco aumenta à medida que o uso da tecnologia da informação possibilita a interligação de bancos de dados, que podem revelar a vida dos indivíduos sem sua autorização, e, em alguns casos, mesmo sem seu consentimento. Ressalta-se o perigo gerado pela internet, tendo em vista que a CF oferece a devida proteção a esses direitos, porém, lamentavelmente, a implementação dessas salvaguardas ainda não ocorreu de maneira eficaz.

Mendes e Branco (2014, p. 19) ressaltam a importância da privacidade na vida individual, destacando-a como essencial para a saúde mental e o desenvolvimento da personalidade. Os autores comparam a abordagem brasileira e americana, argumentando que, no contexto brasileiro, a privacidade deve ser interpretada de forma mais restritiva, embora reconheça a forte ênfase na liberdade e privacidade nos Estados Unidos. Ademais, também destacam a natureza *erga omnes* do direito à privacidade, que se aplica tanto contra o Estado quanto contra os indivíduos, com base na experiência americana de proteção contra divulgações excessivas pela imprensa. Enfatizam ainda que, embora o interesse público seja importante, a Constituição brasileira protege os direitos e liberdades individuais, com limitações apenas na interpretação consistente com o conjunto da Constituição, incluindo princípios como o direito à informação e à liberdade de imprensa.

Na busca por orientações na interpretação dos valores fundamentais, Moraes (1999, p. 25) aponta os interesses sociais protegidos pelo direito à privacidade, que se alinham com os meios de comunicação e a sociedade da informação. Essa proteção da privacidade envolve aspectos como a não interferência na vida privada, familiar e doméstica, a

preservação da integridade física e mental, bem como da liberdade intelectual e moral, e a salvaguarda da honra, reputação e intimidade, entre outros elementos.

Além disso, ao considerar os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, o Marco Civil da Internet levanta a questão de se os princípios, por si só, seriam suficientes. Parece haver uma tendência legislativa no Brasil de incluir direitos adicionais, mesmo que não possam ser completamente efetivados, especialmente para atender às necessidades da população, principalmente as mais vulneráveis (Barreto Junior; Sampaio; Gallinaro, 2018, p. 36).

No entanto, existe um consenso de que os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como o direito à vida, segurança, saúde e acesso responsável à internet, muitas vezes não são, efetivamente, implementados, criando um problema social a ser resolvido. Isso ressalta a necessidade de inovação jurídica no contexto da sociedade da informação, reconhecendo que a falta de efetividade desses direitos é um desafio a ser enfrentado no Brasil (Barreto Junior; Sampaio; Gallinaro, 2018, p. 36).

Assim sendo, o estudo da Regulamentação e Efetividade Jurídica da Sociedade da Informação assume um papel estratégico, uma vez que as novas interações sociais, interpessoais e institucionais, frequentemente ocorrendo em âmbito internacional, requerem uma reavaliação dos paradigmas, teorias e aplicação do Direito. Como uma realidade social em evolução, o Direito não pode permanecer alheio aos novos arranjos e características desse modelo de sociedade em constante transformação (Barreto Junior, 2012, p. 17).

Ainda com base no autor, ressalta-se a importância de atender às exigências legais desse novo modelo de sociedade, destacando o papel do Marco Civil da Internet como uma tentativa do legislador de exercer esse controle. Ele também destaca a falta de observância dos direitos humanos em países como o Brasil, mesmo que esses direitos sejam devidamente abordados na CF/88.

#### **4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

A finalidade da LGPD é dispor quanto às normas relacionadas ao tratamento de “[...] dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (Brasil, 2018, art. 1º).

A LGPD visa proteger a privacidade dos cidadãos, garantindo transações transparentes e seguras, promovendo o desenvolvimento tecnológico e a livre concorrência. Ela se aplica a todas as empresas, públicas ou privadas, que lidam com dados pesso-

ais, estabelecendo definições e papéis importantes, como o controlador, o operador e o encarregado. O conceito central é que dados pessoais são informações relacionadas a pessoas identificáveis (Carvalho, 2019, p. 31).

Ainda com base em Carvalho (2019, p. 31), além disso, a lei também introduz uma categoria de informações pessoais que requer atenção especial, conhecidas como dados pessoais sensíveis, conforme estipulado pelo art. 5º, inciso II, da LGPD:

[...] dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (Brasil, 2018, art. 5º, II).

A lei proíbe o uso de dados pessoais sensíveis, como orientação sexual, raça, religião, opinião política, dados genéticos, biométricos e de saúde, para processamento, a menos que haja consentimento explícito do titular, ou em situações excepcionais, como para proteger a vida ou a integridade física. Além disso, a legislação reconhece a categoria de dados anonimizados, que são informações sobre o titular, que não podem ser identificadas por meios técnicos razoáveis disponíveis na época do tratamento (Carvalho, 2019, p. 31).

Para Doneda (2014, p 23), o termo “dado” se refere à sua forma mais básica e abstrata, assemelhando-se a uma informação em estado inicial, quase como uma pré-informação. Por outro lado, a “informação” em seu sentido completo engloba o que pode ser apresentado para além da representação abstrata e fragmentada encontrada nos dados, chegando ao ponto de ser compreendida cognitivamente. Isso está diretamente relacionado ao direito à privacidade, onde a equação básica é que quanto menor for a disseminação de informações, maior será o nível de privacidade.

De acordo com Carvalho (2019, p. 33), infere-se que os dados desempenham um papel significativo na aquisição de informações, uma vez que é por meio de sua interpretação que as informações são extraídas. Portanto, os dados permanecem como informações em potencial, até que alguém compreenda a mensagem que eles contêm e que está sendo transmitida. Portanto, a intenção da LGPD vai além de apenas distinguir os tipos de dados, pois ela também busca estabelecer limites para como esses dados podem ser tratados. Nesse sentido, o art. 5 evidencia:

(...) tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamen-

to, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, 19 modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (Brasil, 2018, art. 5º, X).

A LGPD atribui ao controlador um papel fundamental, exigindo a elaboração do Relatório de Impacto à Privacidade (RIPD), para analisar a gravidade e a extensão do tratamento de dados pessoais. A empresa também deve comunicar, imediatamente, o titular em caso de interferências graves em seus dados, alinhando-se ao princípio da prevenção para reduzir riscos. Os princípios estabelecidos no art. 6º da referida lei, juntamente com a boa-fé, funcionam como medidas de segurança para proteger os dados. Para assegurar o cumprimento dos princípios e das regras da lei, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), por meio da Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019 (Brasil, 2019), aprovada pelo Congresso Nacional (Carvalho, 2019, p. 34).

A autora reforça que a ANPD tem como atribuições zelar pela proteção dos dados pessoais, conforme a legislação elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade, bem como fiscalizar e impor sanções em casos de tratamento inadequado de dados, ou seja, em desacordo com a LGPD. Esta autoridade terá uma natureza transitória, podendo ser transformada em uma entidade da administração pública federal indireta, com regime autárquico especial vinculado à Presidência da República, após um período de dois anos, conforme estabelecido no art. 55-A, §§ 1º e 2º, da Lei n. 13.709/2018 (Brasil, 2018).

Ressalta-se, ainda, que a ANPD seguirá uma estrutura organizacional delineada pelo art. 55-C da Lei, incluindo Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados, Corregedoria, Ouvidoria, assessoria jurídica própria e unidades administrativas necessárias. Conforme a LGPD, o *Data Protection Officer* (DPO) é responsável por planejar e implementar medidas de proteção de dados, servindo como ponto de comunicação entre o controlador, os titulares de dados e a ANPD, podendo ser uma pessoa física ou jurídica, com ênfase no conhecimento avançado em proteção de dados. Ademais, o DPO também assume o papel de receber comunicações da ANPD e interagir com os titulares de dados, para esclarecer questões e resolver problemas, conforme estabelecido no art. 41, incisos, da Lei n. 13.709/2018 (Carvalho, 2019, p. 38).

## **5 MEDIDAS LEGAIS PAUTADAS NA LGPD PARA A PRESERVAÇÃO DA PRIVACIDADE**

As pessoas podem ser identificadas por meio de informações pessoais, que desempenham o papel de criar uma identidade única para cada indivíduo. Atualmente, devido ao

avanço das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), e à ampla utilização de plataformas online para comunicação e obtenção de informações, é comum que dados pessoais sejam fornecidos ao realizar cadastros, compras pela internet e acordos contratuais. No entanto, é importante observar determinados requisitos ao coletar e tratar esses dados pessoais por parte das entidades solicitantes (Genso; Picoli; Luz, 2023, p. 35).

Os autores reforçam que a LGPD tem como finalidade estabelecer um ambiente de segurança jurídica em todo o país nesse assunto. Entretanto, para alcançar esse objetivo, é importante que haja uma fiscalização rigorosa sobre como os responsáveis pelo tratamento de dados estão implementando as medidas de conformidade. Isso implica que a aplicação das regras legais deve ser respaldada por meios coercitivos, que são fundamentais para o correto funcionamento da legislação. Portanto, a legislação inclui disposições que estabelecem sanções e medidas punitivas para aqueles que não a cumprirem.

O Capítulo VIII, da Lei nº 13.709/2018, trata da fiscalização e, a partir do art. 52, apresenta as possíveis sanções para aqueles que violarem a LGPD. É fundamental compreender a quem se aplicam essas sanções, quem as impõe e os critérios para sua aplicação. Em termos gerais, de acordo com o art. 3º, da LGPD, as normas são aplicáveis a todos que realizam o tratamento de dados pessoais, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de organizações públicas ou privadas. No entanto, a lei estabelece exceções, como quando o tratamento é realizado, por exemplo, por uma pessoa física para fins estritamente pessoais e não econômicos, para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos, ou para tratamentos relacionados à segurança pública e defesa nacional, conforme estipulado no art. 4º, I, II, III e IV, entre outros. Nessas situações excepcionais, não há imposição de sanções nem medidas coercitivas.

Em relação à aplicação das sanções e medidas de coerção, estas se destinam aos agentes de tratamento, conforme estabelecido no art. 52, da LGPD. A própria lei define esses agentes como o controlador e o operador, ambos descritos no art. 5º, incisos VI e VII, respectivamente, da LGPD. Para Genso, Picoli e Luz (2023, p. 38), embora a distinção entre o controlador e o operador seja fundamental com base no critério da autonomia, ainda existem incertezas em relação à classificação dos responsáveis pelo tratamento de dados dentro dessas categorias.

Conforme a LGPD, sobre a entidade encarregada de impor sanções administrativas e medidas coercitivas, essas serão aplicadas por uma autarquia de natureza especial, a ANPD, que possui autonomia técnica e poder decisório, conforme estabelecido no art. 52, parágrafo inicial, da mencionada Lei. A ANPD tem sua própria regulamentação, como especificado a partir do art. 55, da mesma lei.

A LGPD estabelece sanções de forma exaustiva, conforme apontado por Oliveira (2021, p. 18), o que limita a Autoridade de Proteção de Dados a aplicar penalidades

diferentes das previstas na lei. Nesse sentido, as sanções incluem advertência, multa simples de até 2% do faturamento anual da empresa, limitada a 50 milhões de reais, multa diária nos mesmos moldes, publicização da infração, bloqueio e eliminação dos dados pessoais relacionados à infração, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão da atividade de tratamento de dados pessoais, e proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados (Brasil, 2018).

Conforme Oliveira (2021, p. 32) e com base na relação acima, fica evidente que existem sanções de natureza financeira, medidas restritivas de atividades e advertências. A ANPD tem a responsabilidade de aplicar a sanção mais apropriada para cada situação específica, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Nota-se, portanto, a presença de sanções destinadas a incentivar o cumprimento das regras estabelecidas, bem como aquelas que têm o propósito de repreender o infrator, desempenhando um papel educativo.

## 6 FORMAS DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Consideradas como instrumentos para salvaguardar dados pessoais, as *Privacy Enhancing Technologies* (PETs) representam tecnologias cujo objetivo é fortalecer e/ou aprimorar a privacidade dos usuários. Entre essas tecnologias, encontra-se o *Privacy by Design* (PbD) (Bioni, 2021, p. 64).

Como destaca Bioni (2021, p. 64), o PbD foi desenvolvido nos anos 90 pela Comissão de Informação e Privacidade de Ontário, Canadá, a Dra. Ann Cavoukian. Essa é uma metodologia que prioriza a proteção de dados pessoais como ponto central durante o desenvolvimento de produtos ou serviços, com a ideia fundamental de que esses produtos ou serviços devem ser integrados com tecnologias que simplifiquem a gestão e a segurança das informações pessoais. Sobre o assunto, Simonette (2021, p. 1) afirma que:

Na prática, as iniciativas das empresas devem garantir que a privacidade e a proteção de dados sejam consideradas desde a idealização de qualquer iniciativa que envolva dados pessoais, seja por iniciativa da área de TI ou de qualquer outra área da empresa. Projetos internos, desenvolvimento de produtos, desenvolvimento de software e sistemas de TI são alguns exemplos de iniciativas de empresas.

Simonette (2021, p. 1) reforça que a aplicação da abordagem PbD evidencia os benefícios recíprocos tanto para as empresas quanto para os titulares de dados, pois, além

de proporcionar maior segurança e privacidade dos dados por parte das empresas, os titulares obtêm a capacidade de gerenciar seus próprios dados, determinando quais serão compartilhados e quais não, enquanto também compreendem a necessidade e o propósito da coleta dessas informações.

Com o propósito de orientar a aplicação do PbD em tecnologias específicas, operações empresariais, arquiteturas físicas e infraestruturas de rede, Ann Cavoukian desenvolveu sete princípios de gestão de informações conhecidos como os Princípios Fundamentais do *Privacy by Design*. São eles: adoção de abordagem pró-ativa em vez de reativa, foco na prevenção em vez de correção, implementação da privacidade como configuração padrão, incorporação da privacidade desde a concepção, busca da funcionalidade completa com impacto positivo, em vez de impacto nulo, garantia de segurança abrangente em todo o ciclo de vida e manutenção do enfoque centrado no usuário com visibilidade e transparência (Genso; Picoli; Luz, 2023, p. 48).

O princípio da abordagem proativa prioriza a prevenção em vez de reação, antecipando e solucionando potenciais problemas de privacidade antes que surjam, enfatizando a gestão de riscos em vez de uma abordagem de gerenciamento de crise. O princípio da privacidade por padrão estabelece a adoção da privacidade como o padrão em todos os sistemas e operações da empresa, garantindo que a proteção de dados seja incorporada de forma automática, sem exigir ação adicional por parte do titular dos dados. Já o princípio da privacidade incorporada ao *design* destaca a necessidade de integrar a privacidade desde a fase inicial do desenvolvimento de produtos ou serviços, tornando-a uma parte intrínseca do projeto (Genso; Picoli; Luz, 2023, p. 48).

O princípio da funcionalidade completa com ganhos mútuos propõe um equilíbrio entre os interesses das empresas e dos titulares de dados, harmonizando objetivos legítimos e garantindo que ambas as partes se beneficiem. O da segurança de ponta a ponta coloca a segurança como elemento orientador em todas as etapas do ciclo de vida dos dados, desde a coleta até a exclusão, bem como em situações de compartilhamento de dados. O princípio da visibilidade e transparência garante que todos os envolvidos tenham acesso a informações claras sobre como os dados estão sendo tratados, permitindo a verificação independente pelos titulares. Por fim, o princípio do respeito pela privacidade do usuário prioriza os interesses individuais em relação à privacidade, oferecendo medidas que beneficiem os titulares de dados, respeitando suas preferências e direitos (Genso; Picoli; Luz, 2023, p. 49).

Apesar de a LGPD não abordar, explicitamente, os princípios mencionados do *Privacy by Design*, as empresas têm a liberdade de aplicar os conceitos da Privacidade por *Design* e Privacidade por Padrão, para assegurar a máxima segurança dos dados de seus clientes. Isso contribui para fortalecer o compromisso com a proteção de dados

personais, mesmo que esses princípios não estejam detalhados na legislação, promovendo assim a efetiva segurança das informações dos indivíduos (Simonette, 2021, p. 33).

Para Venosa (2013, p. 47):

Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que modernamente. Não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é seu direito à intimidade, seu direito de estar só ou somente na companhia dos que lhe são próximos e caros. As fotografias e imagens obtidas à socapa, de pessoas no recôndito de seu lar, em atividades especialmente privadas, são exemplos claros dessa invasão de privacidade, que deve ser coibida e pode gerar direito à indenização. Os fatos comezinhos da vida privada de cada um não devem interessar a terceiros. Tanto mais será danosa a atividade quanto mais renomada e conhecida socialmente for a vítima, mas todos, independentemente de seu nível de projeção social ou cultural, gozam da proteção.

Como destacam Freitas, Saikali e Reis (2022, p. 54), a criação da ANPD enfrenta o desafio de regular diferentes setores econômicos e promover uma abordagem de regulação baseada na arquitetura, focando na forma como o código de software relacionado ao tratamento de dados pessoais é desenvolvido. Isso resulta na aplicação dos princípios já estabelecidos na LGPD, como medidas de proteção de dados desde a concepção até a execução de produtos e serviços, reduzindo riscos relacionados à privacidade e tecnologia. Assim, a ANPD busca incentivar o modelo PbD, que incorpora princípios de segurança e privacidade desde o início do desenvolvimento de produtos e serviços que envolvem dados pessoais, tornando-os mais seguros e acessíveis. Além disso, a ANPD visa estimular a adoção de padrões que facilitem o controle dos titulares sobre seus dados pessoais, promovendo uma abordagem proativa para proteger a privacidade e mitigar riscos sob a LGPD.

Dessa forma, Freitas, Saikali e Reis (2022, p. 54) afirmam que *Privacy by Design* é a concepção de sistemas de informação que, desde o código-fonte, incorporam as tecnologias necessárias para proteger os dados pessoais e a privacidade do usuário. Isso envolve a definição de padrões rigorosos para a coleta de dados, seguindo o princípio do mínimo necessário. De acordo com Lemos e Branco (2021, p. 42), o conjunto de normas estabelecidas durante a criação do software ou produto, com foco na segurança de dados, pode ser chamado de *Privacy by Design*.

Os autores destacam outra prática fundamental, além de incorporar princípios de proteção de dados durante o desenvolvimento de sistemas. Trata-se da adoção do *Privacy by Default*. Esse modelo requer que organizações, em seus processos, produtos e serviços, considerem sempre uma configuração, que ofereça a máxima proteção aos titulares de dados, tanto em relação à quantidade de dados coletados quanto ao período de armazenamento. Portanto, é essencial determinar a quantidade mínima de dados necessária para alcançar a finalidade do tratamento, estabelecendo, como padrão, a configuração menos invasiva para o titular. Nesse sentido, a LGPD orienta a ANPD a promover a eficácia da legislação não apenas por meio de normas, mas também pela adoção de padrões de mercado que regulamentem o tratamento de dados pessoais em âmbitos público e privado.

Conforme reforçam Lemos e Branco (2021, p. 43), é responsabilidade da ANPD promover e incentivar o mercado a adotar padrões, já que a LGPD não detalha explicitamente quais medidas técnicas devem ser implementadas.

## 7 MARCO NORMATIVO DA LGPD

A LGPD brasileira, sancionada em 2018, e em vigor desde setembro de 2020, representa um marco significativo na proteção dos dados pessoais no Brasil. Sua estrutura e princípios foram fortemente influenciados pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês) da União Europeia, que entrou em vigor em maio de 2018. A inspiração nas normativas europeias é evidente em diversos aspectos da LGPD, tanto em seus fundamentos quanto em suas práticas regulatórias (Lemos; Branco, 2021, p. 49).

A proteção de dados, na Europa, começou a ganhar forma na década de 1970, quando alguns países começaram a reconhecer a importância de regulamentar o uso de dados pessoais. A primeira legislação de proteção de dados surgiu na Alemanha, em 1970, com a Lei de Proteção de Dados do Estado de Hessen. Posteriormente, em 1981, o Conselho da Europa adotou a Convenção 108, que estabeleceu princípios para a proteção das pessoas em relação ao processamento automatizado de dados pessoais. Estes desenvolvimentos iniciais criaram a base para um esforço europeu mais coordenado na proteção de dados pessoais, culminando na Diretiva 95/46/CE da União Europeia, em 1995. A diretiva estabelecia um quadro comum para a proteção de dados em todos os Estados-Membros da UE, mas permitia variações nacionais significativas, o que resultava em diferentes níveis de proteção e complexidade para as empresas que operavam em vários países da União (Lemos; Branco, 2021, p. 51).

Os referidos autores apontam que a necessidade de harmonização e atualização das

normas de proteção de dados levou à criação do GDPR, aprovado em 2016, e efetivamente aplicado a partir de maio de 2018. O GDPR estabeleceu-se como a legislação mais abrangente e rigorosa sobre proteção de dados no mundo. Ele se baseia em princípios fundamentais como transparência, segurança e direitos dos titulares dos dados.

Os principais pontos do GDPR incluem: consentimento, os dados pessoais só podem ser processados com o consentimento claro e explícito do titular dos dados; transparência, as organizações devem informar aos titulares dos dados como seus dados serão utilizados; direitos dos titulares, incluem o direito ao acesso, retificação, apagamento (direito ao esquecimento), restrição de processamento, portabilidade dos dados e objeção; segurança, implementação de medidas técnicas e organizacionais adequadas para proteger os dados pessoais; e responsabilidade e conformidade, as organizações devem demonstrar conformidade com o GDPR e são responsabilizadas por violações (Noain-Sánchez, 2016, p. 24).

Ainda segundo o autor, a LGPD segue uma estrutura similar, adotando princípios e direitos inspirados diretamente pelo GDPR. Entre os fundamentos da LGPD, destacam-se: consentimento, onde o tratamento de dados pessoais requer o consentimento explícito do titular, com exceções específicas claramente definidas; transparência, onde as organizações devem ser transparentes sobre o uso dos dados pessoais; direitos dos titulares, que garantem direitos como acesso, correção, exclusão, portabilidade dos dados e objeção ao tratamento; segurança, estabelecendo a necessidade de medidas técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados; e responsabilização e prestação de contas, onde as empresas devem demonstrar conformidade e são responsabilizadas por incidentes de segurança e violações.

A LGPD não é uma cópia direta do GDPR, mas sim uma adaptação aos contextos jurídico, cultural e econômico do Brasil. No entanto, a influência do GDPR é clara em vários aspectos: estrutura legal, onde ambos os regulamentos possuem uma estrutura robusta que define direitos, responsabilidades e princípios que devem ser seguidos pelas organizações que tratam dados pessoais; amplitude, aplicando-se a todas as organizações que processam dados pessoais, independentemente do tamanho ou do setor; e sanções, onde as penalidades por não conformidade são severas em ambas as leis, com a LGPD prevendo multas significativas, similarmente às do GDPR (Noain-Sánchez, 2016, p. 27).

A adoção de princípios semelhantes ao GDPR pela LGPD reflete um movimento global em direção à harmonização das normas de proteção de dados. Isso é importante num mundo cada vez mais globalizado, onde dados pessoais frequentemente atravessam fronteiras internacionais. A compatibilidade entre as leis facilita o comércio internacional e a cooperação entre empresas e governos em matéria de proteção de dados (Marrafon; Coutinho, 2020, p. 33).

A implementação da LGPD, como a do GDPR, apresenta desafios significativos para as organizações. Estas precisam ajustar suas práticas, políticas e sistemas para garantir conformidade. No Brasil, isso implicou na criação da ANPD, responsável pela fiscalização e regulamentação da LGPD, similarmente à função do European Data Protection Board (EDPB) na Europa (Machado, 2014, p. 61).

A LGPD brasileira é um reflexo do avanço global na proteção de dados pessoais, fortemente inspirada pelo GDPR europeu. Essa inspiração não apenas ajudou a moldar uma legislação robusta e moderna, mas também alinhou o Brasil às melhores práticas internacionais em proteção de dados, facilitando a integração do país na economia digital global. Ao adotar e adaptar os princípios do GDPR, a LGPD fortaleceu a defesa dos direitos dos titulares de dados no Brasil, promovendo maior transparência, segurança e responsabilidade no tratamento dos dados pessoais (Machado, 2014, p. 61).

## 8 ESTUDOS ANTERIORES

O estudo realizado por Willis (2014, p. 24) destacou que experiências anteriores com inadimplências indicam problemas de rigidez no *Track-Me* e excessiva flexibilidade no *Do-Not-Track*, questionando sua eficácia. Isso impacta as políticas “*Do-Not-Track*” em discussão nos Estados Unidos, União Europeia e *World Wide Web Consortium*, além de levantar dúvidas sobre estratégias comportamentais, para aprimorar a privacidade do consumidor.

O estudo desenvolvido por Noain-Sánchez (2016, p. 37) apontou a importância de unir a configuração padrão de privacidade com a obtenção de consentimento esclarecido como medidas conjuntas para proteger a privacidade dos usuários de TIC. Além disso, foi desenvolvida uma abordagem adequada para administrar esse “consentimento informado” com os usuários.

Com base na pesquisa desenvolvida por Carvalho (2019, p. 29), a demanda por uma regulamentação precisa no manejo de dados pessoais conduziu à promulgação de uma lei específica que trouxe alterações significativas no cenário online. Inspirada em princípios do GDPR europeu e na filosofia de “privacidade por *design*”, os acordos digitais serão agora supervisionados por recém-introduzidos profissionais denominados agentes de tratamento, sob a supervisão de autoridades legais, potencialmente moldando uma nova dinâmica no mercado virtual.

Tomando-se como base o estudo realizado por Marrafon e Coutinho (2020, p. 35), ficou evidente que a aplicação do princípio “*privacidade desde o início*” é fundamental para concretizar de maneira prática tanto o direito à proteção de dados quanto o direito fundamental à privacidade.

A pesquisa realizada por Freitas, Saikali e Reis (2022, p. 30) realçou o impacto da

Sociedade da Informação diante da proteção de dados, examinou os princípios subjacentes à intervenção estatal na economia do Brasil, e recomendou a adoção do modelo regulatório baseado na arquitetura como uma alternativa eficaz para o papel desempenhado pela ANPD.

O estudo de Genso, Picoli e Luz (2023, p. 38) apontou que a integração do conceito “privacidade desde o início” com as leis pertinentes pode promover a eficácia da cultura de proteção de dados.

A discussão baseada nos estudos mencionados revela a crescente importância da proteção de dados e da privacidade na era digital. Cada pesquisa aborda aspectos distintos relacionados a essas questões e oferece informações importantes para a compreensão das complexidades envolvidas na proteção dos dados dos usuários de TICs.

Primeiramente, os estudos de Willis (2014, p. 24) e Noain-Sánchez (2016, p. 37) chamam a atenção para a necessidade de equilibrar a rigidez e a flexibilidade nas políticas de proteção de dados. Isso destaca a importância de encontrar um ponto de equilíbrio que respeite os direitos dos indivíduos sem sufocar a inovação e o desenvolvimento tecnológico. Além disso, a ênfase em obter consentimento informado e em configurar padrões de privacidade pode ser uma abordagem eficaz para proteger a privacidade dos usuários.

Por outro lado, o estudo de Carvalho (2019, p. 29) destacou a evolução das regulamentações relacionadas à proteção de dados, especialmente no contexto da União Europeia com o GDPR. Isso ilustra como a legislação está se adaptando às demandas da era digital e como a privacidade está se tornando um aspecto cada vez mais importante nas políticas governamentais e na regulamentação.

Já a pesquisa de Marrafon e Coutinho (2020, p. 35) enfatizou a importância do princípio “privacidade desde o início” como uma abordagem proativa para a proteção de dados o que implica que a privacidade deve ser considerada desde a concepção de produtos e serviços, em vez de ser uma reflexão tardia. Isso pode ser fundamental para garantir que a privacidade seja efetivamente incorporada às soluções tecnológicas.

No estudo de Freitas, Saikali e Reis (2022, p. 30) destacada a interseção entre a proteção de dados e a economia, ressaltando como a regulamentação pode influenciar o mercado virtual. A introdução de agentes de tratamento e a supervisão legal sugerem uma mudança significativa na forma como as empresas abordam a proteção de dados.

O estudo de Genso, Picoli e Luz (2023, p. 38) abordou a ideia de que a integração de práticas de “privacidade desde o início” com a legislação pode ser fundamental para uma cultura eficaz de proteção de dados.

De forma geral, esses estudos evidenciaram que a proteção de dados e a privacidade não são apenas preocupações teóricas, mas questões práticas e em constante evolução

que afetam a regulamentação, a economia e a cultura das empresas. A abordagem multidisciplinar e a cooperação entre diferentes partes interessadas, incluindo governos, empresas e sociedade civil, são essenciais para lidar com esses desafios de maneira eficaz e responsável.

## 9 CONCLUSÕES

O desenvolvimento desta pesquisa teve como objetivo discorrer a atuação do direito na privacidade de dados. Para fundamentar a temática abordada, foi realizada uma revisão de literatura onde foram apontadas as concepções dos autores acerca do assunto para o alcance do objetivo proposto.

A partir dos resultados apurados foi possível concluir que:

1. Os estudos mencionados destacam a crescente importância da proteção de dados e da privacidade na era digital, ressaltando a necessidade de equilibrar rigidez e flexibilidade nas políticas de proteção de dados para promover inovação e respeitar os direitos individuais;
2. A evolução das regulamentações, exemplificada pelo GDPR na União Europeia, demonstra como a legislação está se adaptando às demandas da era digital, tornando a privacidade um aspecto central nas políticas governamentais e regulamentações;
3. O princípio “privacidade desde o início” emerge como uma abordagem proativa fundamental para a proteção de dados, enfatizando a importância de incorporar a privacidade desde a concepção de produtos e serviços;
4. A interseção entre a proteção de dados e a economia, conforme destacado em um dos estudos, revela como a regulamentação pode influenciar o mercado virtual, introduzindo agentes de tratamento e supervisão legal;
5. A integração de práticas de “privacidade desde o início” com a legislação é fundamental para criar uma cultura eficaz de proteção de dados.

A LGPD brasileira é um reflexo do avanço global na proteção de dados pessoais, fortemente inspirada pelo GDPR europeu. Essa inspiração não apenas ajudou a moldar uma legislação robusta e moderna, mas também alinhou o Brasil às melhores práticas internacionais em proteção de dados, facilitando a integração do país na economia digi-

tal global. Ao adotar e adaptar os princípios do GDPR, a LGPD fortaleceu a defesa dos direitos dos titulares de dados no Brasil, promovendo maior transparência, segurança e responsabilidade no tratamento dos dados pessoais.

De maneira geral, os estudos ressaltam que a proteção de dados e a privacidade não são apenas questões teóricas, mas preocupações práticas que impactam regulamentações, economias e culturas empresariais. Abordar esses desafios requer uma abordagem multidisciplinar e a colaboração entre governos, empresas e sociedade civil, para garantir uma proteção de dados eficaz e responsável na era digital em constante evolução.

## THE ACT OF THE LAW IN PRIVACY AND PROTECTION OF PERSONAL DATA

### ABSTRACT

The increased dissemination of information has opened doors for numerous individuals to access a variety of digital services. To safeguard the right to privacy and data protection, there arose the need to regulate this issue through legislation and the establishment of regulatory authorities. The objective was to discuss the role of law in privacy and protection of personal data. This constitutes a literature review, focusing on the past 10 years. It was concluded that data protection and the preservation of privacy are not merely theoretical concepts, but also practical issues that impact the development of regulations, the functioning of economies, and corporate culture.

**Keywords:** personal data; law; digital age; general data protection law; privacy.

### REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, I. F. Dignidade da pessoa humana na sociedade da informação. *In: SIMÃO FILHO, A. et al. (org.). Direito da sociedade da informação: temas jurídicos relevantes.* São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 457-470.

BARRETO JUNIOR, I. F.; SAMPAIO, V. G. R.; GALLINARO, F. Marco Civil da Internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, [Rio de Janeiro], n. 52, p. 114-133, jan./jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.52.835>. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835>. Acesso em: 26 jan. 2024.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2021.

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm). Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm). Acesso em: 26 jan. 2024.

CANCELIER, M. V. L. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Seqüência**, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p213>. Acesso em: 26 jan. 2024.

CARVALHO, T. A. **Aplicabilidade da lei geral de proteção de dados e da metodologia “privacy by design” nos termos de uso e de política de privacidade**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES. 2019. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/781>. Acesso em: 26 jan. 2024.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DONEDA, D. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, G. G. (coord.). **Direito privado e internet**: atualizado pela Lei nº 12.965/2014: Marco Civil da Internet no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61-78.

ELER, K. C. G. A new understanding of privacy: from the right to be alone to the informative self-determination. **Techno Review. International Technology, Science and Society Review**, [Kwun Tong, Kowloon], v. 5, n. 2, p. 185-196, 26 Oct. 2016. DOI: <https://doi.org/10.37467/gka-revtechno.v5.1351>. Disponível em: <https://journals.eagora.org/revTECHNO/article/view/1351>. Acesso em: 26 jan. 2024.

FERRAZJÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1º jan. 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 26 jan. 2024.

FREITAS, C. O. A.; SAIKALI, L. B.; REIS, R. A. O. Adoção do modelo de regu-

lação pela arquitetura de código e práticas de *privacy by design* e *by default* para o ambiente regulatório de proteção de dados pessoais no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 363-385, jan./jun. 2022. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v16i46.1118>. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1118/1080>. Acesso em: 26 jan. 2024.

GENSO, M. G.; PICOLI, G. R. N.; LUZ, P. H. M. *Privacy by design* como possível medida de efetivação da proteção dos dados pessoais no século XXI. **Revista Contemporânea**, São José dos Pinhais, v. 3, n. 8, p. 11506-11533, 11 ago. 2023. DOI: <https://doi.org/10.56083/RCV3N8-086>. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/1415>. Acesso em: 26 jan. 2024.

LEMONS, R.; BRANCO, S. *Privacy by design*: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD. In: MENDES, L. S. *et al.* (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 449-460.

MACHADO, J. M. S. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**, [Porto Alegre], v. 41, n. 134, p. 337-363, jun. 2014. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/206>. Acesso em: 26 jan. 2024.

MARRAFON, M. A.; COUTINHO, L. L. C. L. Princípio da privacidade por design: fundamentos e efetividade regulatória na garantia do direito à proteção de dados. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 955-984, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v15n3.p955-984>. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/17119>. Acesso em: 26 jan. 2024.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NOAIN-SÁNCHEZ, A. “Privacy by default” and active “informed consent” by layers: Essential measures to protect ICT users’ privacy. **Journal of Information, Communication and Ethics in Society**, [Bradford, UK], v. 14, n. 2, p. 124-138, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1108/JICES-10-2014-0040>. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JICES-10-2014-0040/>. Acesso em: 26 jan. 2024.

OLIVEIRA, R. **LGPD**: como evitar as sanções administrativas. São Paulo: Expressa, 2021.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMONETTE, M. *Privacy by design* e *privacy by default*. **Boletim do CEST**, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 1-2, ago. 2021. Disponível em: [http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2021/08/Privacy-By-Design-e-Default\\_pt\\_final.pdf](http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2021/08/Privacy-By-Design-e-Default_pt_final.pdf). Acesso em: 26 jan. 2024.

VENOSA, S. S. **Código Civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WILLIS, L. E. Why not privacy by default? **Berkeley Technology Law Journal**, [Berkeley, CA], v. 29, p. 61-134, May 2014. DOI: <https://doi.org/10.15779/Z38X40V>. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1126202>. Acesso em: 26 jan. 2024.

A EFICÁCIA DO DIREITO À CRECHE  
E PRÉ-ESCOLA: UM ESTUDO DE CASO  
SOB A ÓTICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO

*THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO  
CARE AND PRESCHOOL: A CASESTUDY FROM  
THE PERSPECTIVE OF PUBLIC BUDGET*



# A EFICÁCIA DO DIREITO À CRECHE E PRÉ-ESCOLA: UM ESTUDO DE CASO SOB A ÓTICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO<sup>1</sup>

*THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO CARE AND PRESCHOOL:  
A CASE STUDY FROM THE PERSPECTIVE OF PUBLIC BUDGET*

*Cibelle Nunes de Carvalho Moreira<sup>2</sup>*

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em Recurso Extraordinário n.º 1.008.166/SC de setembro de 2022, que o direito à educação básica, incluída a educação infantil, possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, portanto, exigível do poder público a oferta do referido direito judicialmente. Objetiva-se investigar de que forma a decisão é exequível do ponto de vista orçamentário. Foi utilizada a abordagem qualitativa por revisão de literatura e estudo de caso. Para a coalizão entre o direito à educação infantil e o orçamento, sugere-se, ao final, um cadastramento anual a ser desenvolvido pelos municípios, possibilitando aos pais das crianças, na faixa etária da educação infantil, a manifestação de interesse na matrícula para o ano letivo seguinte, o que viabilizaria a inclusão da demanda nas leis orçamentárias seguintes.

**Palavras-chave:** eficácia do direito à educação infantil; orçamento público; possibilidades.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contemplou o direito à educação como o direito fundamental social, e o definiu como dever do Estado, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho<sup>3</sup>. Para além dessa

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 10/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará; Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera; Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5349801875637121>. Orcid <https://orcid.org/0009-0004-7593-1341>. E-mail: [cibelle\\_mpce@hotmail.com](mailto:cibelle_mpce@hotmail.com).

<sup>3</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

determinação, o constituinte definiu como direito público subjetivo a garantia de acesso ao ensino obrigatório e gratuito<sup>4</sup>.

A educação infantil, por sua vez, compreende a inclusão de crianças em creche e pré-escola, de zero a cinco anos de idade. Da leitura do texto constitucional, extrai-se que o Estado tem o dever constitucional de garantir o direito à educação, de forma obrigatória, de crianças em creches e pré-escolas, sob pena de violação a direito subjetivo, passível de exigência no âmbito judicial.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em setembro de 2022, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 1.008.166-SC, apreciando o tema 548 da repercussão geral, assentou, basicamente, que o direito à educação básica, que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, é direito fundamental de crianças e jovens, com eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, podendo ser exigível do Poder Público, por meio da via judicial<sup>5</sup>.

A partir da fixação da tese pelo STF, surge o seguinte questionamento, o qual será objeto da presente pesquisa: “Como concretizar a eficácia plena e a aplicabilidade direta e imediata do direito fundamental à educação infantil diante das limitações orçamentárias?”

A justificativa, portanto, para a produção científica em questão baseia-se na relevância teórica e prática do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.008.166-SC, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a demanda contínua de vagas em creches e pré-escolas não corresponde à exata medida da oferta desses serviços pelo poder público, seja por insuficiência de recursos, seja por má aplicação dos recursos existentes, o que pode tornar a decisão da Suprema Corte, com repercussão geral, em mais um mandamento judicial inexecutável por ausência de orçamento.

Objetiva-se investigar de que forma o poder público pode atuar para aplicação das políticas públicas educacionais, e para melhor gerenciar os recursos financeiros e orçamentários, a fim de garantir a aplicabilidade plena do direito básico à educação infantil.

Para alcançar o escopo desta pesquisa, em primeiro lugar, expõe-se acerca da eficácia do direito fundamental à educação, e sua aplicabilidade no âmbito do texto constitucional. Em seguida, explana-se os aspectos orçamentários para a efetividade do direito à educação infantil, bem como suas limitações. Por fim, analisa-se o julgado do Supremo Tribunal Federal n.º 1.008.166-SC, com a exposição dos votos dos Ministros da Corte,

---

4 Art. 208 (...) § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

5 Tese fixada no RE 1.008.166-SC: 1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

investigando-se a exequibilidade do tema 548, sob o aspecto orçamentário.

Para a construção do estudo, a pesquisa exploratória, de cunho bibliográfico e documental, com a realização de um estudo de caso, utilizando-se do método dedutivo, mostrou-se mais adequada para a consecução do objetivo ao qual o estudo se destina. Almeja-se, desta forma, contribuir com a comunidade jurídica acadêmica e profissional, por meio de estudos direcionados à aplicabilidade do direito à educação infantil em consonância com as limitações orçamentárias.

## 2 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

Inicialmente, não se almeja, neste tópico, esgotar a exposição constitucional e doutrinária acerca do direito fundamental à educação. Mas, especificamente, propõe-se uma análise mais delimitada acerca da eficácia e da aplicabilidade do direito à educação infantil, esta que, de acordo com o próprio texto constitucional, deve abranger crianças de zero a cinco anos de idade<sup>6</sup>.

O primeiro questionamento que surge é o seguinte: O acesso de crianças em creches e pré-escolas inclui-se no direito fundamental à educação previsto no art. 205? A resposta é positiva, de acordo com o texto constitucional, e a partir de outras ciências. O art. 208 prevê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de, entre outros direitos, o de: *“IV – educação infantil, em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos”*.

A educação infantil assume relevância no início da formação do indivíduo, enquadrando-se como primeira etapa do ciclo de educação básica. O Plano Nacional da Primeira Infância, elaborado a partir da Lei n.º 13.257/2006 – Lei Nacional da Primeira Infância, expõe que a educação infantil vai muito além da alfabetização, não podendo reduzi-la a mero instrumento de preparação para o ensino fundamental.

De acordo com o Plano Nacional da Primeira Infância<sup>7</sup>, diversas ciências já apontam a imprescindibilidade da educação infantil para a formação humana, autoconhecimento do sujeito, e aquisição de valores que nortearão toda a vida do indivíduo. Segundo o mencionado plano (2020, p. 57):

Diversas ciências comprovam a importância da educação infantil tanto na formação da personalidade, na constituição do sujeito, no autoconhecimento, na aquisição dos valores que vão sustentar as

<sup>6</sup> Art. 208, inciso IV, CF/88.

<sup>7</sup> Plano Nacional da Primeira Infância, disponível em <https://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2020/10/PNPI>. Acesso em 01 de dezembro de 2023.

opções e decisões ao longo da vida, quanto no que diz respeito à capacidade de aprender e agir. Um ambiente heurístico, no qual as crianças são o centro das atenções, dentro do qual elas agem e reagem, interrogam e têm respostas, descobrem e criam, é de suma importância. Na interação com os adultos, a criança vai desvelando a realidade, percebendo o sentido das coisas e construindo significados para a sua vida. A educação infantil é a experiência dessa aprendizagem organizada pelas ciências da Educação, visando a que seja mais ampla e profunda.

Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n.º 9.394/1996 – a educação infantil representa a primeira etapa da educação básica, e se subdivide em creche para crianças de zero a três anos e pré-escola para crianças de 4 a 5 anos de idade e deve ser garantida pelo Estado (art. 4º).

No mesmo passo, o Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/1990 confirma o ideal constitucional de proteção às crianças, ao prever, claramente, a obrigação constitucional quanto à igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 53), e quanto ao atendimento em creche e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos (art. 54, IV).

Nesta primeira etapa, em razão da própria idade da criança (zero a cinco anos), a jornada escolar proporciona o desenvolvimento de habilidades emocionais e de socialização, por intermédio de atividades lúdicas inerentes ao ensino nesta fase.

Na ementa do julgado em análise<sup>8</sup>, o STF decidiu que:

(...) a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e pré-escola (Brasil, 1988, art. 208, IV, da Constituição Federal).

Portanto, a partir da leitura sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao direito à educação, há uma compreensão de que o direito à creche e pré-escola está incluído no direito fundamental à educação, sendo a primeira etapa da educação básica, devendo ser disponibilizada pelo Estado, em igualdade de acesso, exigindo-se, pois, uma prestação positiva por parte do poder público, como um direito público subjetivo, em que o Estado tem a obrigação inescusável de prestar o serviço

---

<sup>8</sup> Recurso Extraordinário n.º 1.008.166-SC.

essencial à educação, sob pena de ser demandado judicialmente (Silva, 2007).

## **2.1 O direito fundamental à educação infantil como direito público subjetivo e de aplicabilidade imediata**

O direito à educação, de forma ampla, é um direito fundamental do indivíduo, tanto por estar incluído dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, como por se enquadrar no conceito de direitos fundamentais, segundo o qual “são aqueles destinados a proteger a dignidade humana, estando previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais principalmente com hierarquia constitucional” (Lopes, 2022, p. 22).

Como direito social, o direito à educação (art. 6º) assume relevante importância para a construção de um “patamar mínimo de dignidade para os cidadãos” (Mendes, Branco, 2014, p. 675), estando previsto constitucionalmente como um direito de todos e dever do Estado, pelo qual se deve promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205) (Mendes, Branco, 2014, p. 675).

Sob esse aspecto, enquadra-se o direito à educação, na classificação doutrinária de Karel Vasak (1997), em direito de segunda geração, os quais “exigem do Estado determinadas prestações que nem sempre podem ser satisfeitas, sendo remetidas à esfera dos chamados ‘direitos programáticos’ caracterizados pela sua progressividade” (Lopes, 2022, p. 22). Assim como a educação, o direito ao trabalho, à moradia, à saúde e ao lazer se enquadram na mencionada classificação.

A segunda geração de direitos fundamenta-se na ideia de igualdade, a partir da qual cabe ao Estado promover ações positivas para propiciar o desenvolvimento do indivíduo, enquadrando-se a educação nesta geração de direitos.

Adriana Galvão Moura (2005, p. 23) disciplina que: “As normas constitucionais consagradoras desses direitos exigem do Estado uma atuação positiva, através de ações concretas desencadeadas para favorecer o indivíduo (também são conhecidos como direitos positivos ou direitos de prestação)”.

O direito à educação está intrinsecamente relacionado ao fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III), pois é elementar a uma vida digna, de liberdade e de participação em decisões políticas, inclusive por meio do voto.

Humberto Alcalá (2009, p. 145) define a dignidade da pessoa como valor básico que fundamenta os demais direitos, inclusive os direitos sociais, possuindo duas dimensões: uma negativa e outra positiva, no sentido de não se permitir violações a direitos por parte do Estado e de particular, como também no sentido de exigir prestações positivas por parte do Estado para a execução dos direitos:

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Todos los derechos tienen en tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía, como son el funcionamiento de un aparato jurisdiccional eficaz del Estado, una policía competente, registros de propiedad, entre otros aspectos, como asimismo, una dimensión negativa o de abstención de vulneración tanto por el Estado (como una legislación que vulnere los derechos o que afecte su contenido esencial o la prohibición de retroceso sin justificación), como por los particulares, cuando estos realizan actos u omisiones que afectan los derechos o adoptan actos jurídicos vulneradores de tales derechos.

O fundamento da dignidade da pessoa humana baseia todo o complexo de direitos e deveres direcionados ao Estado, e a toda comunidade de que ninguém pode ser submetido a situações humilhantes e degradantes e, de outro turno, a todos deve ser permitida a participação ativa e corresponsável nos destinos da sua própria existência. Ainda nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 114):

(...) o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (nunca perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção, e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Quanto mais abrangente for a prestação educacional pelo Poder Público, melhor terá se realizado a vontade constitucional, especificamente quanto ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e do objetivo da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De acordo com Barcellos (2023, p. 258), “o acesso universal a prestações educacionais de qualidade e gratuitas está diretamente relacionado

com a garantia de uma igualdade de chances para todas as pessoas”.

Diversas disposições constitucionais exigem do poder público uma atuação positiva para a garantia desse direito fundamental, o qual, inclusive, constitui direito público subjetivo (art. 208, §1º), passível, portanto, de ordem mandamental, em caso de ineficiente ou incompleta prestação de serviço.

A Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205), a ser efetivado a partir da garantia de educação infantil em creche e pré-escola para crianças até cinco anos de idade (art. 208, IV). Além de ser um direito destinado à criança, a Constituição Federal garante também aos trabalhadores, como direito social, a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas” (art. 7º, inciso XXV).

Não há dúvida de que os direitos fundamentais do indivíduo não estão limitados aos previstos no rol do art. 5º da Constituição Federal, podendo ser decorrentes do regime e de princípios adotados ou ainda em tratados internacionais que o Brasil seja parte (art. 5º, parágrafos 2º e 3º)<sup>9</sup>. O direito à educação está previsto no art. 6º e 205 como direito fundamental do indivíduo, sendo a este atribuída a força de aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º, o qual dispõe que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. José Afonso da Silva (2009, p. 785) disciplina que:

A Constituição de 1988 eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, quando a concebe como um direito social (art. 6º) e direito de todos (art. 205), que, informado pelo princípio da universalidade, tem que ser comum a todos. A situação jurídica subjetiva completa-se com a cláusula que explicita o titular da obrigação contraposta àquele direito, constante do mesmo dispositivo, segundo a qual a educação ‘é dever do Estado e da família’. Essas normas constitucionais - repita-se - têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos - de onde a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, secundária e condicionada. (arts. 209 e 213).

---

9 Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

De aplicabilidade imediata, o direito fundamental à educação infantil enquadra-se no conceito doutrinário de norma constitucional de eficácia plena, segundo o qual “são as idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários” (Mendes, 2014, p. 69). São, portanto, normas autoexecutáveis.

Em análise do tema 548, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento quanto à eficácia plena e à aplicabilidade direta e imediata do direito à educação básica em todas as suas etapas, incluída a educação infantil.

No entanto, a execução desse direito exige do poder público a adoção de políticas públicas contínuas, que devem estender-se no tempo, somadas à correta e imprescindível aplicação de recursos financeiros e orçamentários. Segundo Scaff e Pinto (2016, p. 438):

A afirmação do direito à educação como um direito fundamental de natureza social tem uma consequência importantíssima, visto que, por intermédio dela, reconhece-se que, embora o direito à educação possa ser efetivado e exigido judicialmente de maneira individual, a sua concretização ocorrerá por meio da realização de políticas públicas.

A concretização, portanto, do direito constitucional à creche e pré-escola, como um escopo do direito fundamental à educação, passa, necessariamente, pela adoção e execução de políticas públicas destinadas ao público infantil e, além disso, pela destinação de orçamento para atender a tal finalidade.

Nesse aspecto, o estudo acerca do orçamento da educação infantil mostra-se necessário para a compreensão acerca da executabilidade do direito, o que será proposto no tópico a seguir.

### **3 ORÇAMENTO DA EDUCAÇÃO INFANTIL**

Não há direitos sem custos para sua efetivação. Por ser o Brasil um país de desigualdade sociais e regionais, o constituinte fixou como um dos objetivos da República a erradicação da pobreza, e a redução das desigualdades sociais e regionais, sendo imprescindível ao desiderato constitucional a instituição e execução de políticas públicas educacionais.

Em se tratando do direito fundamental à educação infantil, ressoa inequívoco que o art. 208, inciso IV da Constituição possui aplicabilidade imediata e natureza de direito público subjetivo, podendo ser exigível no âmbito judicial.

No entanto, sob o aspecto prático, deve-se analisar, primeiramente, as atribuições constitucionais que versam sobre a materialidade do direito, bem como, num segundo momento, as limitações orçamentárias para a sua concretização.

O Estado, de modo amplo, executa suas políticas públicas por via do orçamento, elaborado por meio de processo legislativo, de acordo com o art. 165 da Constituição Federal. Todas as despesas dos entes devem estar previstas nas leis orçamentárias, que são amplamente discutidas a partir do cenário político e financeiro, de anos anteriores, a fim de propiciar um planejamento mínimo.

A previsão em orçamento é um pressuposto básico para a execução de uma despesa pública, mas a previsão em lei orçamentária não garante a concreção do direito, no mundo dos fatos. Nesse sentido, Vicente (2016, p. 5):

Os direitos sociais prestacionais são direitos subjetivos a prestações, mas têm certos limites de eficácia, porque o Poder Público tem recursos escassos e não teria como cumprir com todos os direitos sociais previstos no texto constitucional. Surge, portanto, um grande conflito entre a obrigatoriedade de concretização dos direitos fundamentais e a escassez de recursos financeiros capazes de realizar todos os direitos sociais. Esta escassez de recursos públicos é a maior expressão da teoria da reserva do possível, que condiciona a execução das políticas à disponibilidade de recursos financeiros.

Diante dos diversos direitos sociais igualmente relevantes, e constitucionalmente previstos, como saúde, educação, moradia, lazer, os recursos orçamentários não conseguem suprir, de forma satisfatória, a todas as pessoas, seja pela própria escassez do recurso, seja por má aplicação da verba.

E nesse cenário de limitação de recursos, surge a teoria do mínimo existencial, segundo a qual o Estado deve garantir o mínimo de condições materiais para a existência e para a dignidade da pessoa, exigindo-se prestações positivas por parte do Estado. Nessa esteira, diante da escassez de recursos, deve haver o rol de direitos mínimos que proporcionem a sobrevivência, numa concepção de que há direitos sociais que o Estado não pode se esquivar de garantir, tais como a educação.

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a

que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (Barcellos, 2011, p. 258).

Para Ricardo Lobo Torres, o “mínimo existencial é composto por *status negativus libertatis*, um *status positivus libertatis* e um *status positivus socialis*” (2005, p. 186).

Quanto ao primeiro aspecto, autor sustenta que o *status negativus libertatis* significa a imunidade tributária quanto aos aspectos mínimos necessários, a exemplo da imunidade de ICMS da cesta básica, de IPU quanto à moradia, gratuidade de acesso à justiça, dentre outros (Scaff, 2006). Por sua vez, o *status positivus socialis* seriam as prestações estatais para a garantia e proteção de direitos econômicos, sociais e para a seguridade social.

Nesse último aspecto, contrapondo-se à teoria do mínimo existencial, surge a teoria da reserva do possível, a qual se apresenta como um limite fático à concreção dos direitos sociais, em decorrência das limitações orçamentárias. Ricardo Torres segue afirmando que “O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se reforça de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’, ou na conformidade da autorização orçamentária” (2005, p. 203).

No julgado do RE 1.008.166-SC, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, afastou o argumento do recorrente que sustentava a aplicação da teoria da reserva do possível, para o atendimento do direito de acesso à creche e pré-escola pelas crianças até cinco anos, entendendo, ao final, que se tratava de direito fundamental de aplicabilidade imediata.

Na linha do princípio da prioridade absoluta previsto no art. 227 da CF, a Lei n.º 13.257/2016 dispôs que deverá haver investimento público na promoção da justiça social, da equidade, e da inclusão da criança sem discriminação (art. 4º, inciso IV). Além disso, dispõe que:

**Art. 5º** Constituem **áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância** a saúde, a alimentação e a nutrição, a **educação infantil**, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. (Grifo nosso).

A educação infantil deve ser prioridade em orçamento e em políticas públicas para o efetivo atendimento da ordem constitucional disposta nos artigos 208 e 227.

No tocante ao orçamento do direito à educação, a Constituição Federal fixa, no art. 211, um sistema de colaboração entre os entes para a organização da educação brasileira, estabelecendo a competência da União para organização do ensino federal e Territórios, financiamento das instituições de ensino públicas federais e, o principal para o presente estudo, a função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização e o padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência e financeira aos demais entes.

Cabe pontuar, que “essa colaboração abrange diversos âmbitos, dentre os quais a oferta de educação (provisão), o financiamento, o planejamento, a normatização e a avaliação de redes e sistemas de ensino” (Farenzena, 2021, p. 1).

Por sua vez, os Estados e o Distrito Federal atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º), e os Municípios no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º). Ainda de acordo com o texto constitucional, cabe aos Municípios “manter, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental” (art. 30, inciso VI).

Observa-se, da leitura do texto constitucional, que a competência para o atendimento de crianças em creches e pré-escolas recai exclusivamente sobre os Municípios, sob o ponto de vista material, com financiamento dos demais entes, em colaboração.

Do ponto de vista financeiro, a União deve aplicar, anualmente, no mínimo, dezoito por cento da receita de impostos para a manutenção e desenvolvimento do ensino. Além disso, os Estados, Distrito Federal e Municípios deverão investir vinte e cinco por cento dessas receitas no ensino público, constituindo-se, ainda, um sistema de colaboração e de solidariedade entre os entes federados, na forma do art. 212 da Constituição.

A adoção de percentuais mínimos pelos entes federados de investimento na educação tem sua origem na Constituição de 1934, com a revogação desses percentuais em dois momentos (1937 e 1967). Após a redemocratização, os percentuais mínimos de investimentos na educação foram progredindo até o patamar atual.

A crescente vinculação de recursos destinados à educação proporciona uma necessária atenção do gestor com o ensino, não deixando à mercê da política a destinação do recurso financeiro. Nos momentos em que as Cartas Constitucionais deixaram de determinar um percentual mínimo de investimento na educação, ocorreu maior escassez de recursos para a área (Menezes, 2005).

Um dos principais mecanismos de financiamento da educação básica, inclusa a infantil, é o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, previsto constitucionalmente (art. 212-A), e que significa, na realidade atual, a principal fonte de recursos orçamentários dos municípios para o custeio da educação.

A Lei que regulamenta o FUNDEB – Lei 14. 133/2020 incluiu a educação infantil, o que significa que matrículas em creche e pré-escola serão asseguradas por meio de uma política de financiamento, a ser garantida pelo fundo. Apesar disso, os custos com o atendimento de crianças em creches e pré-escola ainda são muito elevados para os Municípios.

O elevado custo para o atendimento da educação infantil e a interferência do Poder Judiciário no planejamento de políticas públicas e, por consequência, no orçamento municipal, foram os fundamentos basilares para a insurgência recursal quanto à obrigatoriedade de garantia de vagas em creches e pré-escolas via judicial, apreciada no Recurso Extraordinário n. 1.008.166-SC, objeto do presente estudo.

Sob esse aspecto, feitas as considerações acerca do direito fundamental à educação infantil, bem como seu orçamento, passa-se à análise dos fundamentos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgado referido.

#### **4 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS DO RE N.º 1.008.166-SC E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

O Supremo Tribunal Federal apreciou, no mês de setembro de 2022, o Recurso Extraordinário n.º 1.008.166-SC, em tema de Repercussão Geral (n. 548), no qual se discutia o direito ao acesso à creche na rede pública municipal, sendo o referido julgado objeto de estudo do presente artigo.

Contextualizando, observa-se que, na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina impetrou Mandado de Segurança em face do Município de Criciúma, com o objetivo de matricular criança em creche da rede pública municipal. Por meio da sentença, o juízo de primeiro grau concedeu a segurança, para determinar ao município a inclusão da criança em estabelecimento de educação infantil, próximo a sua residência.

Irresignado, o Município de Criciúma apelou da sentença, argumentando como fundamento do recurso a separação de poderes e o princípio da legalidade. Sustentou, ainda, que as normas de promoção do ensino infantil são normas pragmáticas e que devem ser atendidas nos limites orçamentários do poder público.

Em análise do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao recurso, assentando que os Municípios não poderão demitir-se do mandato constitucional quanto ao atendimento de crianças em creches e pré-escolas, sendo tal dever dissociado do caráter discricionário de conveniência e oportunidade.

Nessa esteira, o Município de Criciúma apresentou Recurso Extraordinário (n.º 1.008.166-SC), com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Fe-

deral, ao Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu, em setembro de 2022, pelo impro-  
vimento da irresignação, fixando tese em sede de repercussão geral (Tema 548)<sup>10</sup>, nos  
seguintes termos:

1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, en-  
sino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de  
todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais  
de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a  
pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser  
exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.
3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade inte-  
gral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.  
(STF, 2022).

Em análise do julgamento, observa-se que o Ministro Relator, Luiz Fux, expôs acer-  
ca da relevância do direito ao acesso à educação infantil, como primeira etapa do ci-  
clo de educação básica, que inclui ainda o ensino fundamental e médio, colacionando  
as normas constitucionais relativas ao mencionado direito, especificamente os artigos  
6º, 7º, inciso XXV, 205, 208, inciso IV, 227, e normativas infraconstitucionais, da Lei  
8.069/1990 (Estatuto da Criança e Adolescente) e Lei n.º 9.394/1996 (Lei de Diretri-  
zes e Bases da Educação Nacional), para afirmar que a educação básica é prerrogativa  
constitucional deferida a todos, notadamente às crianças, cujo adimplemento impõe a  
satisfação de um dever de prestação positiva pelo Poder Público, prioritariamente pelos  
entes municipais.

Consignou, em seu voto, que:

A educação básica representa prerrogativa constitucional deferida  
a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e  
227, ‘caput’), cujo adimplemento impõe a satisfação de um dever  
de prestação positiva pelo Poder Público, consistente na garantia  
de acesso pleno ao sistema educacional, inclusive em creche e pré-  
-escola. (Min. Relator Luiz Fux, STF, 2022, p. 18).

Eventual omissão do dever constitucional de garantir o atendimento do direito à edu-  
cação infantil, continuou o Min. Luiz Fux, revela violação direta ao texto constitucional,

---

10 Após embargos declaratórios, o julgado mencionado transitou em julgado em 17 de outubro de 2023, conforme se  
observa do acompanhamento processual disponível no sítio da Corte: [https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/  
verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548](https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548)

não se submetendo tal direito ao juízo de discricionariedade da administração pública, “nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental” (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje de 15/9/2011).

Em voto-vista, o Ministro André Mendonça entendeu pela devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para reexame do feito, reconhecendo o direito à educação infantil um dever estatal de cunho obrigatório, mas a sua implementação deveria ser gradual para crianças de até três anos, propondo como tese de julgamento, o seguinte:

É dever estatal, constitucionalmente obrigatório, assegurar o acesso universal à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Esta obrigação deve ser cumprida: a) de forma imediata, para todas as crianças a partir de 04 anos; b) de forma gradual, de acordo com o Plano Nacional de Educação – PNE, garantindo-se a oferta de vagas equivalentes à, no mínimo, 50% da demanda até 2024, para as crianças de até 03 anos; Constatada a não aplicação do percentual mínimo orçamentário em educação, bem como o descumprimento de qualquer outra obrigação constitucional ou legal relacionada à política pública educacional pelo ente, a obrigatoriedade de universalização do atendimento à educação infantil passa a ser imediata” (Min. André Mendonça, STF, 2022, p. 35).

Defendeu o Min. André Mendonça que o cumprimento da obrigação constitucional de garantia de creche e pré-escola não pode ser exigido de forma imediata, pois sujeita ao “princípio da realidade”, segundo o qual a função jurisdicional deve ser condicionada à realidade dos fatos, sob pena de ineficácia das decisões. Ressaltou que o Plano Nacional de Educação (Lei n.º 13.005/2014), editado em 2014, com vigência por 10 anos, estipulou o dever estatal de ampliar a oferta da educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 anos, dever este a ser concretizado até 2024.

Por sua vez, o Ministro Nunes Marques defendeu a prioridade das crianças na formulação e execução de políticas sociais públicas, apontando que a educação pré-escolar deve preceder a qualquer outra política, não concebendo que “as entidades públicas tenham tarefas tão mais importantes a fazer, que possam deslocar a educação pré-escolar das crianças para plano secundário.” (Ministro Nunes Marques, STF, p. 59).

Ressaltou o Ministro que, na atividade pública municipal, não haveria maior prioridade senão a educação infantil, indagando, em seu voto, o seguinte: “na democracia, que tipo de serviço público seria mais importante do que formar apropriadamente os

novos cidadãos?” (Ministro Nunes Marques, STF, p. 57). Defendeu que:

(...) a formação do cidadão, especialmente na primeira infância, não é uma entre muitas outras tarefas de igual valor que o Estado deve exercer; ela é, na verdade, a mais relevante tarefa a cargo do poder público, e para ela devem convergir os melhores esforços e os indispensáveis recursos (p. 57-58).

Finalizou o voto sustentando que a prioridade absoluta prevista na Constituição deve ser, inclusive, para a formulação e execução de políticas públicas, e, em casos nos quais haja concorrência de necessidades do orçamento público, as crianças devem ser priorizadas, e não relegadas a posição inferior, negando provimento ao recurso da municipalidade.

No mesmo passo, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou, em seu voto, que o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado em outras oportunidades no sentido de que a norma do art. 208, inciso IV, da Constituição Federal é autoaplicável, e deve ser interpretada de maneira global, incluindo a educação infantil como garantia constitucional obrigatória e indisponível, competindo aos Municípios o dever de prestar o serviço educacional para crianças até cinco anos de idade (Ministro Alexandre de Moraes, STF, p. 87).

No entanto, sustentou uma maior cautela do STF quanto à determinação imediata de vagas de crianças em creches e pré-escolas, diante da dificuldade orçamentária dos municípios, que possuem dificuldade até para repassar os valores do duodécimo devido às Câmaras de Vereadores. Pontuou que:

(...) o oferecimento de creches pela Administração Pública demanda um rigoroso planejamento, que vai desde a inclusão nas leis orçamentárias até a aquisição/locação de imóveis, a contratação de pessoal qualificado, bem como a instauração de processos de licitação para a aquisição de materiais necessários ao desenvolvimento da atividade (STF, 2022, p. 99).

No mérito, votou pelo desprovimento do recurso, porém para não exigir a obrigatoriedade de acesso às creches e pré-escolas aos municípios, em caso de comprovado empenho do ente de cumprir o mandamento constitucional, e a insuficiência de recursos para promover o ingresso.

Em continuidade, o Ministro Edson Fachin afirmou, em seu voto, que a relevância da primeira infância na formação da personalidade da criança, inclusive sua segurança

nutricional, não há como desobrigar os municípios de sua atribuição constitucional. Sustentou, de forma relevante, que já havia passado mais de 30 anos de Constituição Federal, e que as disposições constitucionais relativas à educação infantil não podem consistir em meros programas facultativos, nos seguintes termos:

Em se tratando de etapa essencial na formação intelectual das crianças, direito fundamental assegurado aos pequenos entre zero e cinco anos, não é possível alegar-se que as disposições constitucionais consistiriam, passados mais de trinta anos da promulgação da Carta Constitucional, meros programas cujo cumprimento não seria obrigatório ao ente municipal, senão facultativo. (Min. Edson Faschin, STF, 2022, p. 137).

Asseverou que, em se tratando de direito fundamental da educação, notadamente direcionado à primeira infância, cabe ao ente federado o devido planejamento orçamentário, a fim de assegurar o conteúdo essencial do direito em apreço, não sendo possível a escusa estatal para o cumprimento do mencionado dever constitucional. Da mesma forma, negou provimento ao recurso, propondo como tese “é direito subjetivo e simultaneamente dever do Estado o atendimento em pré-escolas e creches às crianças de 0 a 5 anos” (Min. Edson Faschin, STF, 2022, p. 152), tendo sido acompanhado pelo Min. Dias Toffoli.

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a educação básica, incluindo a infantil, constitui norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, sendo, portanto, um direito subjetivo e não norma programática, que deve ser atendido pelo estado. Ressaltou o Min. Barroso, que, a partir da leitura dos artigos 208, incisos I e IV, bem como o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, afasta a ideia de ser a educação infantil uma norma programática, enfatizando que:

Há claramente um direito reconhecido pela Constituição. Desde o início da vigência da Constituição, como destacou o Ministro Luiz Fux, na data de ontem, já se passaram 34 anos. A única forma de se dar efetiva prioridade à educação é tornar esse direito efetivo, inclusive por decisão judicial, se necessário, de modo que quem vier a postulá-lo, como no caso desse processo, não pode ter o direito negado” (Min. Barroso, 2020, p. 162).

Além disso, defendeu que o poder público deve cumprir o Plano Nacional de Educação em vigor, que propõe que, até 2024, 50% das crianças estejam na escola. Ao final,

acompanhou o voto do Min. Relator, para negar provimento ao recurso.

A Ministra Carmem Lúcia votou no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, defendendo que a educação compõe o mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana, não podendo o município eximir do seu atendimento obrigatório, ainda que na primeira infância. Segundo a Min., o Supremo Tribunal Federal, por suas duas turmas de julgamento, firmou jurisprudência no sentido que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, pelo que o direito de crianças deve ser implementado por políticas públicas, as quais podem ser determinadas pelo Poder Judiciário.

O Ministro Ricardo Lewandowski, da mesma forma, negou provimento ao recurso, conferindo a primazia ao princípio da absoluta prioridade na efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, em meio aos quais o direito à educação infantil de qualidade é essencial para evolução do patamar civilizatório. Pontuou que:

(...) por opção expressa, deliberada e salutar da Constituição de 1988, creches não são mais dispositivos de assistência social. As creches constituem, hoje, a primeira etapa de uma educação básica de perfil igualitário e universal, a cujo acesso todas as crianças, na idade própria e indistintamente, têm direito” (Min. Ricardo Lewandowski, STF, 2022, p. 192).

Nesse aspecto, o Min. Ricardo Lewandowski prioriza o acesso igualitário de acesso à educação infantil, como forma de inclusão.

Na mesma toada, o Min. Gilmar Mendes sustentou que o STF já enfrentou o tema objeto do recurso em comento por diversas oportunidades, assentando os precedentes da Corte, no sentido de que a educação infantil não se submete a avaliações discricionárias da administração pública, nem a razões de puro pragmatismo governamental. Defendeu que, para além do direito destinado às crianças, a política pública de creche e pré-escola alcança efeitos transversais, como o direito das mulheres, que estão cada vez inseridas no mercado de trabalho.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, a garantia de creches e pré-escolas viabiliza, além de educação às crianças, a redução da desigualdade de gênero, quanto ao acesso ao trabalho digno, possibilitando a mulher (mãe) a concretização de projeto pessoal de trabalho:

Os espaços públicos de educação de crianças de 0 a 5 anos tornaram-se fundamentais para assegurar o acesso e a permanência de mulheres no mercado formal de trabalho. Ou seja, trata-se de providência indispensável à plena realização da existência digna,

em todas as suas vertentes e especialmente naquela que diz respeito à independência e à liberdade para conduzir seu projeto de vida. (Min. Gilmar Mendes, STF, 2022, p. 212).

Conclui afirmando que, se a República do Brasil tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, é dever do Supremo Tribunal Federal considerar a educação infantil como um “projeto de Estado, um projeto de Nação” (Min. Gilmar Mendes, STF, 2022, p. 212), e para tanto, deve ser prioritário o planejamento e execução orçamentários destinados a esse direito fundamental.

A Ministra Rosa Weber (2022) sustentou que o direito à educação infantil é imprescindível, para aplicação da isonomia na formação cultural do ser humano, fundamentando seu voto, nos dispositivos constitucionais do art. 208, inciso IV, além de disposições infraconstitucionais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26).

Ressaltou, ainda, que o direito à educação infantil apresenta estreita relação de complementariedade com a liberdade e com a igualdade, que devem ser conferidas sob a perspectiva de gênero, para propiciar, “sobretudo à mulher – considerando a sociedade brasileira de gênese e desenvolvimento ainda marcadamente patriarcal -, a possibilidade de ter liberdade de se inserir ou retornar ao mercado de trabalho de forma isonômica” (Ministra Rosa Weber, STF, 2022 p. 230).

Finalizou o voto, afirmando que os recursos públicos devem ser bem geridos e utilizados na implementação do direito à educação, decorrente de políticas públicas que instalem, estruturem o fornecimento e manutenção de creches e pré-escolas, sob pena de grave omissão constitucional.

Após o voto da Min. Rosa Weber, os Ministros formaram a tese da repercussão geral nos termos já expostos acima, afirmando, a um só tempo, que a educação infantil é uma das fases da educação básica, e que, portanto, constitui direito fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata; a educação infantil compreende creche, destinada às crianças de zero a três anos, e pré-escola, destinada às crianças de quatro a cinco anos, sendo sua oferta um dever do poder público, podendo ser exigida judicialmente; o poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre o acesso à educação básica.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final do presente trabalho, estudou-se os aspectos constitucionais e doutrinários acerca do direito à educação infantil, sua eficácia e aplicabilidade, bem como

aspectos orçamentários que devem atender às referidas demandas. Além disso, analisou-se os votos e fundamentos que sustentaram a decisão lançada no Recurso Extraordinário n.º 1.008.166-SC e que formou a tese 548 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se que o acesso à educação infantil viabiliza o objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, propiciando a igualdade para o pleno desenvolvimento da formação humana de todas as crianças, independente da classe social e econômica, além de ser decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. A garantia de creches e pré-escolas proporciona, também, a igualdade de gênero, no tocante ao direito das mulheres terem oportunidade de retornarem ao mercado de trabalho, tendo em vista que, numa sociedade com viés patriarcal como se apresenta a sociedade brasileira, são as mulheres quem mais são afetadas com a ausência de vagas em creches e pré-escolas.

A educação infantil deve estar prevista, efetivamente, nos orçamentos públicos, a partir do atendimento da prioridade absoluta contida na Carta Constitucional e nas diversas disposições legais que tratam sobre o tema, como o Estatuto da Criança e Adolescente, Lei da Primeira Infância, Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

São os Municípios que possuem competência constitucional para a execução do serviço da educação infantil, com colaboração financeira da União e dos Estados, os quais têm o dever de promover repasses mínimos para a promoção da educação. Os recursos estão expressos na previsão de repasses obrigatórios, alocados no Fundo da Educação Básica – FUNDEB. Porém, a má gestão do orçamento e a ausência de planejamento financeiro apresentam-se como justificativa para a não execução do serviço público de tamanha relevância.

Numa perspectiva de conciliar o direito fundamental à educação infantil e o planejamento inerente ao orçamento público, sugere-se, neste trabalho, que os Municípios promovam, anualmente, antes do envio de projeto de lei orçamentária anual, um cadastramento de representantes legais de crianças na faixa etária própria da educação infantil (zero a cinco anos), que tenham interesse na vaga destinada às creches e pré-escolas do ano letivo seguinte, para possibilitar o planejamento dos recursos públicos necessários à demanda.

Finaliza-se aqui com o mesmo questionamento do Min. Nunes Marques, quando do julgamento do recurso em análise: “Na democracia, que tipo de serviço público seria mais importante do que formar apropriadamente os novos cidadãos?” A resposta é que a educação deve ser a prioridade das prioridades nos orçamentos públicos para a execução desse comando constitucional de tamanha relevância.

# THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO CARE AND PRESCHOOL: A CASE STUDY FROM THE PERSPECTIVE OF PUBLIC BUDGET

## ABSTRACT

The Federal Supreme Court (STF) ruled in Extraordinary Appeal No. 1.008.166/SC in September 2022 that the right to basic education, including early childhood education, is fully effective and immediately enforceable, and that the public authorities can therefore be required to offer this right in court. The aim is to investigate how the decision is feasible from a budgetary point of view. A qualitative approach was used, using a literature review and a case study. In order to achieve a coalition between the right to early childhood education and the budget, the final suggestion is an annual registration process to be developed by the municipalities, enabling parents of children in the early childhood education age group to express their interest in enrolling for the following school year, which would make it possible to include the demand in the following budget laws.

**Keywords:** effectiveness of the right to early childhood education; public budget; possibilities.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 19 nov. 2023.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 2023.
- BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. LDB. 9394/1996. BRASIL.
- BRASIL. Lei da Política Pública da Primeira Infância. Brasília, DF, [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 02 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.008.166/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. Data de julgamento: 22 de set. de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>. Acesso em: 01 dez. 2023.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 221. p. 188. jul/set, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5633/o-direito-a-educacao-e-o-principio-constitucional-dadignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 22 nov. 2023.

FARENZENA, Nalú. **Dimensões das responsabilidades das esferas de governo para com a educação brasileira**. Texto didático elaborado para disciplinas da área de Política e Gestão da Educação. Versão 2021. Faced/UFRGS, 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A proteção dos direitos das minorias culturais: entre o controle de convencionalidade e a margem de apreciação nacional**. Porto Alegre, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Janaina Specht da Silva. **O financiamento da educação no Brasil: O Fundef sob a perspectiva de seus idealizadores**. Porto Alegre: PUCRS, 2005. Tese de Doutorado, Faculdade de Educação, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005.

MOURA, Adriana Galvão. A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania. *In*: FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **Constituição e Construção da Cidadania**. Leme: JH Mizuno, 2005.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Los derechos economicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos em el constitucionalismo latino-americano. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a. 7, n. 2, 2009, p. 143-205. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf> Acesso em: 27 nov. 2023.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. Comentário ao art. 205. *In*: **Comentário Contextual à Constituição**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 6.ed., 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista de Direito** 6, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade de Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TAVARES, A. R. Direito fundamental à educação. *In*: Neto, C. P. S.; Sarmiento, D. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 771-789

TORRES, Ricardo Lôbo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar,

nº 177, p. 29-49, jul/set-1989.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III (Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia).

VICENTE, Tiago Soares. Direito à Educação como mínimo existencial e os desafios de sua concretização diante da escassez de recursos públicos. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, n. 2, 2016, p, 366-381, DOI <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0138/2016.v2i2.1415>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/1415>. Acesso em: 22 nov. 2023.

ESTUDO DE CASO: A INVESTIGAÇÃO DA GRAVE  
CRISE NO SISTEMA PRISIONAL DA REGIÃO METRO-  
POLITANA DE FORTALEZA (2016), QUE ANTECEDEU  
E MOTIVOU A REESTRUTURAÇÃO DO NÚCLEO DE  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (NUINC) DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

*CASE STUDY: THE INVESTIGATION OF THE SERIOUS CRISIS  
(2016) IN THE PRISON SYSTEM OF THE METROPOLITAN  
REGION OF FORTALEZA, WHICH PRECEDED AND  
MOTIVATED THE RESTRUCTURING OF THE CRIMINAL  
INVESTIGATION CENTER (NUINC) OF THE PUBLIC  
PROSECUTOR'S OFFICE OF THE STATE OF CEARÁ*



# ESTUDO DE CASO: A INVESTIGAÇÃO DA GRAVE CRISE NO SISTEMA PRISIONAL DA REGIÃO METROPOLITANA DE FORTALEZA (2016), QUE ANTECEDEU E MOTIVOU A REESTRUTURAÇÃO DO NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (NUINC) DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ<sup>1</sup>

*CASE STUDY: THE INVESTIGATION OF THE SERIOUS CRISIS (2016) IN THE PRISON SYSTEM OF THE METROPOLITAN REGION OF FORTALEZA, WHICH PRECEDED AND MOTIVATED THE RESTRUCTURING OF THE CRIMINAL INVESTIGATION CENTER (NUINC) OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF THE STATE OF CEARÁ*

*Humberto Ibiapina Lima Maia<sup>2</sup>*

*Alice Iracema Melo Aragão<sup>3</sup>*

*Samuel Mota Martins<sup>4</sup>*

## RESUMO

A crise penitenciária experimentada pelo sistema prisional cearense no ano de 2016 apresentou contexto bastante peculiar. Nos dias que antecederam as rebeliões em 07 (sete) unidades prisionais, o Sindicato dos Agentes e Servidores do Sistema Penitenciário do Estado do Ceará (SINDASP/CE) organizava junto à categoria um movimento grevista de paralisação em busca da valorização da política remuneratória do cargo de policial penal. Inobstante a existência de decisão judicial atestando a ilegalidade do

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 10/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça desde 1993, atualmente Coordenador do Núcleo de Investigação Criminal – NUINC, e Convocado para a vaga de Procurador de Justiça, junto à 11.<sup>a</sup> Procuradoria de Justiça, Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Pós-graduado em Perícia Criminal, pelo Centro Universitário Estácio do Ceará – ESTÁCIO/FIC.

<sup>3</sup> ID Lattes: 4104236991110579; orcid.org/0009-0005-7966-4719; Promotora de Justiça desde 1993, titular da 109 promotoria de justiça da comarca de Fortaleza, atualmente integrante do Núcleo de Investigação Criminal – NUINC; Pós Graduada em Processo Penal pela Universidade Federal do Ceará-UFC; Pós graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual do Ceará-UECE; Mestre em Direito e gestão de conflitos pela Universidade de Fortaleza -UNIFOR. <sup>4</sup> Servidor Público do Ministério Público do Estado do Ceará, atualmente lotado no Núcleo de Investigação Criminal – NUINC, no cargo de Assessor Jurídico I. Especialista em Processo Penal. Aprovado para Analista Judiciário e Técnico Judiciário no concurso do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 2014. Aprovado para Analista Judiciário no concurso do Tribunal de Justiça do Amazonas em 2013.

movimento, a greve foi mantida pela categoria, que decidiu por iniciar a paralisação exatamente no dia de visitas aos detentos, gerando caos e revolta da população carcerária. A crise penitenciária acarretou um prejuízo material elevado e um número de 14 (quatorze) detentos mortos. Esse cenário fomentou a criação, no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, de um órgão com a expertise voltada para o enfrentamento das questões penitenciárias, principalmente aquelas vinculadas ao combate à corrupção no seio prisional. Daí fora regulamentado o Núcleo de Investigação Criminal, definido como órgão de execução ministerial com atribuição criminal para, dentre diversas outras competências, atuar no combate à corrupção de agentes públicos em meio penitenciário.

**Palavras-chave:** crise do sistema prisional; enfrentamento de questões penitenciárias; Núcleo de Investigação Criminal; combate à corrupção.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado do Ceará presenciou, no ano de 2016, a mais grave crise do sistema penitenciário do Século XXI. Além de prejuízos materiais calculados em torno de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), em virtude da depredação generalizada da estrutura de 07 (sete) unidades prisionais cearenses, fora alcançado o número de 14 (quatorze) detentos mortos, alguns inclusive mediante meio cruel, com corpos carbonizados<sup>5</sup>.

O Ministério Público do Estado do Ceará, atento à necessidade de investigar, em âmbito criminal, os comportamentos que levaram à ocorrência dessas rebeliões, instituiu a Comissão Especial de Apuração, cuja incumbência foi a condução de persecução penal, em primeira fase, acerca dos fatos e agentes envolvidos no episódio.

As informações colhidas, os depoimentos prestados, o material eletrônico periciado e os elementos de informação angariados autorizaram o oferecimento de denúncia em face de 10 (dez) policiais penais, todos integrantes do Comando de Greve que havia sido instalado a partir de Assembleia Geral Extraordinária da categoria dos agentes penitenciários.

Após o oferecimento de denúncia e esgotamento das atividades da Comissão Especial de Apuração, verificou o Ministério Público do Estado do Ceará a necessidade de existência de um órgão ministerial com atribuição e expertise necessária para o acompanhamento do cotidiano penitenciário, com o objetivo não apenas de evitar a eclosão de novos episódios de crise, mas também para conhecer a intimidade do sistema penitenciário e combater a corrupção instalada no meio prisional.

A partir de uma análise sobre a crise penitenciária cearense ocorrida no ano de 2016,

---

<sup>5</sup> Nesse sentido foi a publicação constante do portal eletrônico do Ministério Público do Estado do Ceará, cuja íntegra pode ser analisada no seguinte endereço: <https://www.mpce.mp.br/2016/09/comissao-especial-do-mpce-aponta-causas-da-rebeliao-no-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 17 jun. 2023.

verificou-se que o Núcleo de Investigação Criminal fora reestruturado na qualidade de órgão de execução ministerial com atribuição criminal para, dentre outras competências, combater a prática de corrupção no seio prisional, afastando e responsabilizando policiais penais e demais integrantes do sistema penitenciário que porventura contribuam para o cometimento de delitos no seio prisional.

Ademais, vale observar que estudos de caso dessa natureza extrapolam o campo meramente acadêmico, na medida em que funcionam como relato de experiência para o aperfeiçoamento de outros órgãos públicos, assim como estimula o melhoramento do próprio Núcleo de Investigação Criminal através da criação de uma expertise peculiar para casos futuros e similares, protegendo sobremaneira a sociedade e indo ao encontro do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº. 16, caracterizado por “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”.

Com o escopo de bem desenvolver o trabalho, quanto ao tipo de metodologia, procurou-se estudar o caso concreto da crise penitenciária do Estado do Ceará no ano de 2016 e as consequências dela advindas, mormente a reestruturação do Núcleo de Investigação Criminal como órgão de investigação especializado no combate à corrupção prisional.

Assim, em uma primeira etapa de análise, o presente trabalho buscou compreender o cenário fático instalado à época da eclosão da grave crise penitenciária de 2016 no âmbito do Estado do Ceará, inclusive com o detalhamento sobre a deflagração de movimento paredista por parte dos policiais penais cearenses, bem como se intentou esclarecer as medidas adotadas pelo Ministério Público do Estado do Ceará em decorrência dessa situação de exceção. Em um segundo momento, esse trabalho objetivou apresentar a intimidade da investigação criminal sobre a crise penitenciária, os elementos informativos angariados ao longo da persecução penal e o resultado do labor ministerial. Por fim, em uma terceira etapa, o trabalho procurou entender como a crise penitenciária examinada funcionou como motivo ensejador para a reestruturação do Núcleo de Investigação Criminal, que passou a ser compreendido como órgão de execução ministerial voltado também ao acompanhamento penitenciário, inclusive ao combate à corrupção ali desenvolvida.

## **2 A CRISE PENITENCIÁRIA DO ESTADO DO CEARÁ E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ**

O início do ano de 2017 foi marcado por diversos episódios de violência ocorridos no interior de unidades prisionais<sup>6</sup>. Naquele momento, os estados brasileiros, mormente

---

<sup>6</sup> De fato, nos primeiros dias do ano de 2017, foram noticiadas crises penitenciárias nos Estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, como se pode perceber das reportagens mencionadas nas Notas de Rodapé de nº. 5, 6 e 7.

através de suas respectivas pastas estaduais voltadas à segurança pública e à administração penitenciária, conviviam, além de graves problemas estruturais, com uma era de proliferação de facções criminosas, não só instaladas em ambiente externo, mas sobretudo no interior dos presídios nacionais.

Foi dentro desse contexto que, nos primeiros dias do mês de janeiro do ano de 2017, no Estado do Amazonas, mais precisamente no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), presenciou-se a mais intensa rebelião já registrada naquela unidade da federação<sup>7</sup>. Foram contabilizadas 56 (cinquenta e seis) mortes, inclusive com decapitações, além de aproximadamente 130 (cento e trinta) fugas. Segundo amplamente divulgado à época pela mídia tradicional, os atos foram arquitetados pela organização criminosa conhecida pela alcunha de “Família do Norte” e tiveram como alvos os detentos condenados por delitos sexuais e os detentos integrantes da organização criminosa “Primeiro Comando da Capital”, rival daquela.

Apenas 04 (quatro) dias depois dos fatos ocorridos no Estado do Amazonas, mais uma ocorrência veio à tona, desta feita no Estado de Roraima<sup>8</sup>. Aqui, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, situada na zona rural de Boa Vista, aos 06 de janeiro do ano de 2017, 33 (trinta e três) detentos faleceram após investida da facção criminosa “Primeiro Comando da Capital”. T tamanha fora a violência física empregada nos embates que algumas vítimas foram decapitadas enquanto a ação era gravada por aparelhos celulares, além de relatos de vítimas que tiveram o coração arrancado à força. O Ministro da Justiça à época, Sua Excelência Alexandre de Moraes, esclareceu que, naquela unidade federativa, havia separação de facções criminosas por unidade prisional, razão pela qual fora descartada a rivalidade de organizações criminosas como móvel do conflito, ao passo em que reconheceu que alguns dos detentos assassinados eram também condenados por delitos sexuais.

A título de informação adicional, aos 14 de janeiro do ano de 2017, eclodiu mais uma rebelião, desta vez na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, localizada na cidade de Nísia Floresta, região metropolitana de Natal/RN, ocasião em que foram contabilizadas 26 (vinte e seis) mortes, dentre esgarateamentos e carbonizações<sup>9</sup>.

---

7 Corroborando o que foi afirmado, conferir a reportagem veiculada pelo portal de notícias G1 Amazonas, através do endereço eletrônico: [https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/maior-massacre-do-sistema-prisional-do-am-diz-secretario-sobre-rebeliao.html?\\_gl=1\\*1b3saf9\\*\\_ga\\*YW1wLWpJcGdTejRaQmNROW9UWF8yejVCeJuaF9UTkZSZVlzMVhCTHgzd mtpMHhTRm9Ud2FoT3E5eVZNaDNmbWZjYWs](https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/maior-massacre-do-sistema-prisional-do-am-diz-secretario-sobre-rebeliao.html?_gl=1*1b3saf9*_ga*YW1wLWpJcGdTejRaQmNROW9UWF8yejVCeJuaF9UTkZSZVlzMVhCTHgzd mtpMHhTRm9Ud2FoT3E5eVZNaDNmbWZjYWs).

8 Nesse sentido, a reportagem veiculada pelo portal de notícias G1 Roraima, cuja íntegra pode ser lida através do endereço a seguir: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html>.

9 Sobre o assunto, conferir a reportagem publicada pelo periódico Tribuna do Norte no seguinte endereço eletrônico: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/alcaa-uz-palco-da-barba-rie-na-maior-rebeliao-o-dom/385592#:~:text=Rebeli%C3%A3o%20de%20Alca%C3%A7uz.%2026%20presos%20morreram%20na%20rebeli%C3%A3o,presos%20custodiados%20em%20Alca%C3%A7uz%20no%20dia%20da%20rebeli%C3%A3o>.

A breve descrição sobre as experiências acima autoriza a conclusão quanto à natureza sensível das questões envolvendo a segurança no seio da administração prisional, haja vista que tumultos, revoltas ou rebeliões podem despontar de uma ampla variedade de circunstâncias, por vezes observadas em meio externo, mas com potencial para irradiar efeitos no interior das unidades, por vezes observadas em meio interno, a partir do cotidiano do próprio sistema prisional e de seus personagens, como foi o caso do Estado do Ceará, palco de graves episódios de violência praticados em momento cronologicamente pouco anterior aos exemplos acima narrados, mais precisamente entre os dias 20 e 23 de maio do ano de 2016.

A propósito, ilustrando o contexto imediatamente anterior à eclosão da crise penitenciária no Estado do Ceará (NASCIMENTO, 2017):

Alguns episódios anteriores às rebeliões são importantes para a compreensão do agravamento da crise penitenciária. Dentre eles, a situação de alerta entre os profissionais da segurança pública e do sistema prisional do Ceará com a notícia da pacificação das gangues, cujo acordo de paz tinha o objetivo de conter a morte de pessoas nos conflitos entre gangues por território de venda das drogas. Esse fato ocorreu na capital cearense nos primeiros meses de 2016, e um pouco mais tarde no interior do estado, a partir de um episódio que ficou conhecido como a “passeata do crime”, ocorrida na cidade de Sobral<sup>18</sup>, no qual centenas de moradores dos bairros periféricos partiram em caminhada para o centro da cidade em comemoração à pacificação das gangues daquela cidade.

As gangues prisionais apontadas como dominantes nos presídios cearenses são: PCC (Primeiro Comando da Capital), GDE (Guardiões do Estado), CV (Comando Vermelho) e FDN (Família do Norte). Todas firmaram o acordo para conter a sangria entre seus integrantes nas disputas territoriais. Com o anúncio do acordo, uma das ações empreendida pelo governo foi o envio de uma lei para ser votada na Assembleia Legislativa que previa o bloqueio de sinal telefônico no entorno dos presídios. De acordo com a mensagem enviada para a Assembleia Legislativa, a medida era “destinada a reforçar a vedação ao uso de aparelhos celulares como instrumento para que atuações criminosas sejam planejadas, ordenadas e coordenadas de dentro das unidades prisionais”, o que gerou insatisfação por parte do crime organizado. As represálias por conta da aprovação da lei foram identificadas pelas dezenas de delegacias metralhadas e pelos vários ônibus incendiados.

Como melhor detalhado no tópico seguinte, no final de semana dos dias 21 e 22 de maio do ano de 2016, foram observados relevantes atos de violência em 07 (sete) unidades prisionais cearenses<sup>10</sup>, quais sejam: Unidade Prisional Professor Clodoaldo Pinto, Unidade Prisional Professor José Jucá Neto, Unidade Prisional Elias Alves da Silva, Unidade Prisional Agente Luciano Lima Andrade, estas localizadas em Itaitinga/CE, Unidade Prisional, haja vista que tumultos, revoltas ou rebeliões podem desaporar de uma ampla variedade de circunstâncias, por vezes observadas em meio externo, mas com potencial para irradiar efeitos no interior das unidades, por vezes observadas em meio interno, a partir do cotidiano do próprio sistema prisional e de seus personagens, como foi o caso do Estado do Ceará, palco de graves episódios de violência praticados em momento cronologicamente pouco anterior aos exemplos acima narrados, mais precisamente entre os dias 20 e 23 de maio do ano de 2016.

A propósito, ilustrando o contexto imediatamente anterior à eclosão da crise penitenciária no Estado do Ceará (NASCIMENTO, 2017):

Alguns episódios anteriores às rebeliões são importantes para a compreensão do agravamento da crise penitenciária. Dentre eles, a situação de alerta entre os profissionais da segurança pública e do sistema prisional do Ceará com a notícia da pacificação das gangues, cujo acordo de paz tinha o objetivo de conter a morte de pessoas nos conflitos entre gangues por território de venda das drogas. Esse fato ocorreu na capital cearense nos primeiros meses de 2016, e um pouco mais tarde no interior do estado, a partir de um episódio que ficou conhecido como a “passeata do crime”, ocorrida na cidade de Sobral<sup>18</sup>, no qual centenas de moradores dos bairros periféricos partiram em caminhada para o centro da cidade em comemoração à pacificação das gangues daquela cidade.

As gangues prisionais apontadas como dominantes nos presídios cearenses são: PCC (Primeiro Comando da Capital), GDE (Guardiões do Estado), CV (Comando Vermelho) e FDN (Família do Norte). Todas firmaram o acordo para conter a sangria entre seus integrantes nas disputas territoriais. Com o anúncio do acordo, uma das ações empreendida pelo governo foi o envio de uma lei para ser votada na Assembleia Legislativa que previa o bloqueio de sinal telefônico no entorno dos presídios. De acordo com a mensagem enviada

---

<sup>10</sup> Sobre o assunto, vale a pena conferir a reportagem veiculada pelo portal de notícias G1 Ceará através do seguinte endereço eletrônico: <https://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/05/presidios-do-ceara-registram-rebelioes-morte-de-presos-e-fuga.html>.

para a Assembleia Legislativa, a medida era “destinada a reforçar a vedação ao uso de aparelhos celulares como instrumento para que atuações criminosas sejam planejadas, ordenadas e coordenadas de dentro das unidades prisionais”, o que gerou insatisfação por parte do crime organizado. As represálias por conta da aprovação da lei foram identificadas pelas dezenas de delegacias metralhadas e pelos vários ônibus incendiados.

Como melhor detalhado no tópico seguinte, no final de semana dos dias 21 e 22 de maio do ano de 2016, foram observados relevantes atos de violência em 07 (sete) unidades prisionais cearenses<sup>11</sup>, quais sejam: Unidade Prisional Professor Clodoaldo Pinto, Unidade Prisional Professor José Jucá Neto, Unidade Prisional Elias Alves da Silva, Unidade Prisional Agente Luciano Lima Andrade, estas localizadas em Itaitinga/CE, Unidade Prisional Desembargador Francisco Adalberto de Oliveira Barros Leal, vulgo “Carrapicho”, sediado na cidade de Caucaia/CE, além da Unidade Prisional Feminina Desembargadora Auri Moura Costa e da Unidade Prisional de Triagem e Observação Criminológica, ambas postas na cidade de Aquiraz/CE.

Naqueles dias, após uma contabilização geral de consequências efetivada pelo Ministério Público do Estado do Ceará e pela Secretaria da Justiça e Cidadania (SEJUS)<sup>9</sup>, hoje renomeada para Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), foram identificados 14 (quatorze) óbitos, todos de detentos, além de uma depredação generalizada da estrutura interna dos pavilhões das unidades prisionais, com destruição parcial de algumas alas, prejuízo cuja monta fora calculada no valor aproximado de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais).

A propósito, o Ministério Público do Estado do Ceará, por meio do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará àquela época, atento à necessidade de averiguar as reais causas de deflagração da crise penitenciária e promover as medidas judiciais pertinentes quanto à repercussão jurídica nos âmbitos penal e cível, fez publicar a Portaria nº. 2923/2016, cujo conteúdo calhou por instituir a Comissão Especial de Apuração, como se pode observar de seu texto oficial:

Instituir uma Comissão integrada pelos Promotores de Justiça de Entrância Final, DR. HUMBERTO IBIAPINA LIMA MAIA, com prejuízo de sua titularidade, DR. NELSON RICARDO GESTEIRA MONTEIRO, DRA. JOSEANA FRANÇA PINTO e DR. LEO-

---

<sup>11</sup> Sobre o assunto, vale a pena conferir a reportagem veiculada pelo portal de notícias G1 Ceará através do seguinte endereço eletrônico: <https://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/05/presidios-do-ceara-registram-rebelioes-morte-de-presos-e-fuga.html>.

NARDO MORAIS BEZERRA SOBREIRA DE SANTIAGO, para sob a coordenação do primeiro e cooperação do GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – GAECO, instaurar PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – PIC, para apuração dos fatos acima noticiados em toda sua extensão, praticando todos os atos necessários no âmbito de suas prerrogativas funcionais necessárias ao perfeito esclarecimento dos mesmos e responsabilização de quem lhe dera causa, som ônus para a Procuradoria Geral de Justiça.

Conforme salientado alhures, coube à Comissão Especial de Apuração a condução da primeira etapa da persecução penal, voltada ao esclarecimento sobre os possíveis delitos verificados no decorrer dos acontecimentos que levaram ao rebentamento da crise penitenciária do ano de 2016. Foi nesse sentido, a propósito, que aquele órgão ministerial instaurou o Procedimento Investigatório Criminal nº. 001/2016, cuja portaria assim estabelecia como escopo de investigação:

**CONSIDERANDO** que foi determinada pelo Excelentíssimo Procurador- Geral de Justiça do Estado do Ceará a instauração de Procedimento Investigatório Criminal para apurar materialidade, autoria e circunstâncias de crimes praticados e relacionados com as rebeliões ocorridas nos seguintes estabelecimentos prisionais localizados nas Comarcas de Itaitinga, Caucaia e Aquiraz, no período de 20 a 23 de maio de 2016:

- a) **Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa;**
- b) **Unidade Prisional Agente Luciano Lima Andrade;**
- c) UPDAOBL (Carrapicho);
- d) Casa de Privação Liberdade Provisória Professor Clodoaldo Pinto;
- e) Casa de Privação Liberdade Provisória Professor Jucá Neto;
- f) Casa de Privação Liberdade Provisória Agente Elias Alves da Silva;

**CONSIDERANDO** a necessidade do Ministério Público de instrumentalizar uma futura ação penal com provas da materialidade e participação de envolvidos em ação ilícita;

**RESOLVE**

Instaurar o presente **PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO**

**CRIMINAL**, na forma da legislação pertinente, para a apuração dos fatos noticiados (...)

Ao longo desse caderno investigativo, foram colhidos elementos de informação robustos o suficiente para o amadurecimento da opinião delicti ministerial, que terminou por orientar o Ministério Público a oferecer denúncia em face de 10 (dez) policiais penais: Valdemiro Barbosa Lima Junior, Natanael Eduardo de Andrade Lima, Bentimilo de Oliveira Pedrosa, Luiz Carlos de Souza Lima, Carlos Eduardo de Brito, Daniel Mendes Almeida, Francisco Alex de Araújo, Joélia Silveira Lins, Márcia Lorena Barroso Pinheiro e Thomas Jefferson Rodrigues Alves.

Na Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099, cujo detalhamento é analisado no tópico seguinte desse trabalho, foram imputados àqueles servidores públicos os crimes de dano qualificado (art. 168, parágrafo único, inciso III, Código Penal), desobediência (art. 330, Código Penal), desobediência à ordem judicial (art. 359, Código Penal) e prevaricação (art. 319, Código Penal), tudo à vista do conjunto probatório cautelosamente produzido, idôneo a demonstrar que aqueles agentes públicos se valeram de uma conduta ilegal de um movimento paredista para causar tumulto generalizado no âmbito penitenciário, como discutido no tópico seguinte.

### **3 A INVESTIGAÇÃO ENCABEÇADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, OS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLACIONADOS E O PROCESSO JUDICIAL CRIMINAL INSTAURADO**

Tal como mencionado linhas acima, fora proposta, perante o juízo da comarca de Itaitinga/CE, a Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099, cujo objeto veicula as imputações criminais apontadas alhures em face dos denunciados antes listados, todos integrantes do Comando de Greve da categoria dos agentes penitenciários.

De fato, verificou-se que os denunciados compuseram um grupo de pessoas, com alto poder de prestígio e influência perante a categoria dos policiais penais, que calhou por adotar estratégias e definir um plano de atuação em evidente contrariedade aos primados do interesse público, inflamando a categoria de policiais penais a se insurgir contra o Estado a qualquer custo, inclusive em notório desrespeito à decisões judiciais, contexto que fomentou a criação de um cenário de caos que terminou na eclosão da mais grave crise penitenciária estadual durante esse novo século.

Em detida apuração dos fatos, notou-se que o Sindicato dos Agentes e Servidores do Sistema Penitenciário do Estado do Ceará (SINDASP/CE), objetivando, àquela época, dentro outras pautas, uma melhoria na política salarial da categoria, mais precisa-

mente uma valorização econômica na Gratificação de Atividades Especiais e de Risco (GAER), havia convocado, para o dia 14 de maio do ano de 2016, uma Assembleia Geral para deliberação quanto à deflagração de uma paralisação parcial das atividades.

Aceitos os argumentos apresentados pelos representantes sindicais, a categoria definiu que deveria prosseguir em atividade um percentual mínimo de 30% (trinta por cento), em obediência à Lei nº. 7.783/89, assim como deliberou pelo início da paralisação para a 0h do dia 21 de maio do ano de 2016 (sábado), dia em que ordinariamente se realizam as visitas sociais perante as unidades prisionais da região metropolitana de Fortaleza/CE.

Paralelamente, fora confeccionado pelo Comando de Greve uma espécie de cartilha, contendo orientações sindicais sobre a dinâmica ideal para o movimento paredista, azo em que fez constar a observação de que a realização de visitas sociais não ostentava qualidade de serviço público essencial, motivo pelo qual restou sugerida a inviabilização das referidas visitas nas unidades prisionais cearenses logo no primeiro dia de paralisação, como se pode notar do trecho do plano de atuação da categoria<sup>12</sup> a seguir reproduzido, que fora, inclusive, submetido a exame pericial quanto a sua autenticidade:

c) Os malotes NÃO podem adentrar nas unidades para gerar o desconforto dos internos e das visitas, as vans e micro-ônibus com visitas devem ser barrados antes do contato com o portão para evitar o apoio do BP Choque

Côncios de que a realização das visitas, sejam sociais ou íntimas, reflete assunto de natureza bastante sensível para a população carcerária, na medida em que os detentos classificam as visitas como um direito penitenciário quase inegociável, inclusive com respaldo legal, como se vê do art. 41, inciso X, da Lei nº. 7.210/84, as autoridades estaduais apresentaram, de imediato, uma proposta de valorização da referida gratificação em 20% (vinte por cento), circunstância rechaçada de pronto pela categoria.

Sobre o direito de visitas, cuja previsão legal fora acima mencionada, vale observar que inexistente, como cediço, na ordem jurídica brasileira, direito de natureza absoluta, constatação a que deve se sujeitar, por óbvio, o direito aqui discutido. Ainda assim, seja por razões de política criminal, seja por razões constitucionais, é preciso dedicar especial atenção ao direito de visita aos presos, à vista da proibição constitucional de imposição de incomunicabilidade dos detentos (TAVORA; ALENCAR, 2021):

---

<sup>12</sup> O trecho mencionado fora extraído da peça acusatória dos autos da Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099, mais precisamente da fl. 14.

É direito do preso receber visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (...) O direito à visitação não poderá ser obstado, razão pela qual, embora a penitenciária de homens deva ser construída em local afastado do centro urbano, essa distância não pode restringir, em absoluto, o acesso. No entanto, o direito de visitas poderá ser suspenso ou limitado mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, que explicita justificativa plausível, o que não pode equivaler à imposição de incomunicabilidade, pois esta é incompatível com a Constituição Federal.

Diante da negativa de composição, coube à Procuradoria-Geral do Estado, aos 19 de maio do ano de 2016, o ajuizamento de Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve<sup>13</sup>, processo registrado sob nº. 0623529-98.2016.8.06.0000, onde fora concedida, aos 20 de maio do ano de 2016, em sede de antecipação de tutela, medida judicial liminar que determinava a suspensão do movimento paredista.

Sobre isso, ainda, vale a pena considerar que inobstante a decisão judicial tenha sido prolatada aos 20 de maio do ano de 2016, poucas horas antes do previsto para o início da paralisação das atividades, momento em que já havia sido finalizado o expediente ordinário do Sindicato dos Agentes e Servidores do Sistema Penitenciário do Estado do Ceará, a notícia ganhou ampla repercussão nas plataformas jornalísticas, sejam escritas ou faladas, bem como fora difundida pela própria Secretaria de Justiça e Cidadania e continuamente repassada através de grupos de mensageria eletrônica.

Nesse sentido foram os depoimentos dos diretores, diretores-adjuntos e chefes de segurança das unidades prisionais cearense, quando ouvidos no bojo do Procedimento Investigatório Criminal nº. 01/2016, oportunidade em que relataram que a notícia sobre a decisão do Poder Judiciário quanto à ilegalidade da greve fora profundamente discutida no seio da categoria, ainda que de maneira informal, bem como foram também comunicados de tal pela pasta governamental respectiva.

Como se não bastasse a constatação acima narrada quanto ao conhecimento da decisão judicial pelo Comando de Greve e pela própria categoria, verificou-se, a partir da análise de dados telemáticos extraídos de alguns aparelhos eletrônicos apreendidos, que o denunciado Valdemiro, Presidente do SINDASP/CE, em vídeo armazenado em um dos dispositivos móveis, esclarecia à categoria que, após a publicação da decisão judicial, com o fito de se furtar à devida intimação cartorária, passou os dias seguintes tran-

---

13 O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por meio de decisão monocrática lavrada pela Exma. Desembargadora Tereza Neumann Duarte Chaves, conforme decisão judicial alocada às fls. 80/81 dos autos da Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve nº. 0623529-98.2016.8.06.0000, decidiu, em sua parte dispositiva, por: “Ante o exposto, concedo a antecipação de tutela para determinar, até ulterior deliberação, a suspensão da greve anunciada pelo Sindicato dos Agentes e Servidores do Sistema Penitenciário do Estado do Ceará para o dia 21/05/2016, sob pena de multa diária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) à referida entidade”.

sitando por locais aleatórios, tudo a fim de não ser localizado pelos oficiais de justiça.

Considerando esse cenário, fora concretizada, à 0h do dia 21 de maio do ano de 2016, a paralisação das atividades da categoria dos policiais penais, azo em que estes passaram a difundir a informação, perante a população carcerária, de que, naquele dia, em virtude da greve, não seria permitido o ingresso de visitas de esposas, companheiras e familiares.

Paralelamente, quando ouvidas perante a Comissão Especial de Apuração, também no âmbito do Procedimento Investigatório Criminal nº. 001/2016, diversas esposas e companheiras de detentos ratificaram o discurso acima, salientando que os policiais penais passaram a disseminar a informação sobre a suspensão das visitas e, por via de consequência, estimulá-las a contatar os maridos e companheiros a fim de que estes tomassem conhecimento e pressionassem a administração penitenciária para liberação.

Aliás, ainda sobre o assunto, fora anexado aos autos mídia digital contendo um vídeo veiculado nas redes sociais em que o denunciado Valdemiro, Presidente do SINDASP/CE, ciente da pressão que os agentes penitenciários estavam sofrendo em virtude da vedação do direito de visitas, direcionava-se à categoria com palavras de incentivo, tais como “manter a pegada” e continuar impedindo as visitas”, em uma evidente demonstração de que essa era a estratégia desenhada pelo Comando de Greve para atrair o Governo do Estado do Ceará para a negociação.

Ademais, conforme bem demonstrado nos autos da Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099, diante da decisão da categoria sobre a manutenção de um percentual de continuidade de apenas 30% (trinta por cento) dos policiais penais, o Governo do Estado do Ceará elaborou plano emergencial de atuação que direcionava policiais militares para as unidades prisionais, tudo com o objetivo de manter a continuidade do serviço público, mormente a realização de visitas, o fornecimento regular de água e de alimentação, assim como o cumprimento de alvarás de soltura e demais ordens judiciais, sem prejuízo de garantir o acesso dos agentes públicos que não pretendiam aderir à paralisação. Também nesse sentido a Secretaria de Justiça e Cidadania determinou que se encaminhassem imediatamente às respectivas unidades prisionais os policiais penais ocupantes dos cargos comissionados de Diretor, Diretor-Adjunto e Chefe de Segurança e Disciplina.

A esse respeito, ainda a partir da análise de extração dos dados telemáticos dos aparelhos eletrônicos apreendidos, quando do exame das mensagens trocadas no bojo do aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp, vinculado ao terminal telefônico +558587647020, observou-se que o usuário da linha respectiva, intitulado Franchico, mantinha contato próximo com alguns policiais penais no sentido de orientar a categoria a “sabotar a ordem das chaves” e a providenciar a abertura dos canais de

abastecimento de água de modo ininterrupto, a fim de que o estoque de água acabasse ainda no sábado pela manhã, dia 21 de maio do ano de 2016.

Considerando o plano emergencial de atuação desenvolvido pelo Governo do Estado do Ceará, o deslocamento de tropas da Polícia Militar do Estado do Ceará, a manutenção do efetivo mínimo de policiais penais e a presença da cúpula da diretoria de cada unidade prisional mostrar-se-iam circunstâncias suficientes para que fossem evitadas rebeliões, motins ou desordens de maneira geral. Inobstante esse desenho estratégico pudesse soar razoável, o que se notou fora um completo caos penitenciário, alimentado pela atuação de policiais penais que passaram a obstar o trabalho das forças de segurança, impedindo o acesso das visitas; formando “barricadas”, inclusive com colhões, pedaços de madeira e andaimes, nas portas de acesso às unidades; dificultando o acesso dos militares ao interior do presídio; além da utilização das próprias algemas para o fechamento das grades de acesso, segundo fora relatado por variadas testemunhas durante a investigação.

Sobre essa última circunstância, a propósito, bastante esclarecedor fora o depoimento do Diretor da Unidade Prisional Agente Elias Alves da Silva, prestado durante o Procedimento Investigatório Criminal nº. 001/2016, quando afirmou que os militares tiveram que usar alicates de pressão para vencer as algemas instaladas pelos agentes penitenciários grevistas, fato que causou relevante atraso na contenção das mortes e danos verificados.

Diante de todo esse cenário, tão logo fora percebido pela população carcerária que as visitas sociais estavam sendo impedidas de ter acesso às unidades, mesmo após os deslocamentos das tropas de segurança pública indicadas, passou-se a observar uma intensa manifestação de violência por parte dos detentos, cujo pico fora atingido por volta de 11h do dia 21 de maio do ano de 2016, quando foram queimados colchões e lençóis, destruídas celas, grades e outros objetos, além de cometidos 14 (quatorze) homicídios, alguns praticados mediante meio cruel, inclusive com vítimas carbonizadas.

As investigações capitaneadas pela Comissão Especial de Apuração ainda lograram alcançar uma constatação interessante, que vai ao encontro de todo o acervo probatório amealhado, qual seja, nenhum ato de rebeldia ou episódio de violência fora noticiado em unidades prisionais onde não haveria visitas sociais aos sábados, como fora o caso da Unidade Prisional Francisco Hélio Viana de Araújo.

Com o amadurecimento das investigações e a formação segura da *opinio delicti* ministerial, a Comissão Especial de Apuração restou convencida de que os denunciados, na qualidade de integrantes do Comando de Greve, conduziram o processo grevista de maneira ilegal, definindo o início do movimento para o dia 21 de maio do ano de 2016 com o exclusivo objetivo de fazer coincidir com a data de visitas sociais às unidades prisionais e, por via de consequência, impedir sua realização, conscientes de que a massa

carcerária não toleraria a suspensão daquele direito de maneira indiferente. Além disso, a publicação da cartilha pelo SINDASP/CE, o comportamento dos integrantes do Comando de Greve em relação aos demais policiais penais, inclusive com as orientações repassadas, a tentativa do Presidente do SINDASP/CE de furtar-se à intimação oficial e a imposição de dificuldade para o acesso das tropas militares às unidades prisionais corroboraram a narrativa do Ministério Público, oferecendo sustentação fática à peça acusatória apresentada ao Poder Judiciário do Estado do Ceará, aos 22 de agosto do ano de 2016, através da Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099.

A Vara Única da Comarca de Itaitinga/CE, aos 28 dias do mês de março do ano de 2017, recebeu integralmente a denúncia, azo em que passou a conferir impulso oficial ao trâmite processual. Considerando a quantidade de réus, a dificuldade na localização de alguns dos denunciados e o baixo patamar legalmente atribuído aos preceitos secundários dos tipos penais imputados, aquele órgão jurisdicional, aos 16 dias do mês de setembro do ano de 2022, reconheceu a materialização do fenômeno jurídico da prescrição da pretensão punitiva em abstrato em relação aos delitos de prevaricação (art. 319, Código Penal), desobediência (art. 330, Código Penal) e desobediência à decisão judicial (art. 359, Código Penal), prosseguindo o feito, desta forma, tão somente em relação ao delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso III, Código Penal).

A gravidade da crise penitenciária ocorrida no ano de 2016, as mazelas do sistema penitenciário que se mostraram evidentes, a constatação de que os detentos, embora reclusos, mantinham contato quase ininterrupto com o meio social através de aparelhos eletrônicos e a inexistência de um órgão de investigação com essa expertise fomentaram a criação, no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, do Núcleo de Investigação Criminal.

#### **4 O ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS DA COMISSÃO ESPECIAL DE APURAÇÃO, A REESTRUTURAÇÃO DO NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO PRATICADA NO INTERIOR DE UNIDADES PRISIONAIS CEARENSES**

A Comissão Especial de Apuração fora instituída com o claro escopo de realizar uma profunda investigação acerca das responsabilidades criminais evidenciadas em razão da crise penitenciária do ano de 2016. Para tanto, fora instaurado o Procedimento Investigatório Criminal nº. 001/2016, que, ao final, calhou por funcionar como substrato probatório para o oferecimento de denúncia nos autos da Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099.

Considerando que o trâmite processual penal não se encontrava na alçada de atribuição da referida comissão, haja vista sua natureza investigativa, instituída para atu-

ação perante a primeira fase da persecução penal, passou a atuar naquele processo, a partir do oferecimento da peça acusatória, o órgão ministerial com atribuição natural para o acompanhamento perante aquele núcleo jurisdicional da Vara Única da Comarca de Itaitinga/CE.

Esvaziado o objeto de atuação daquela Comissão Especial de Apuração, à vista da finalização de seus trabalhos, o cuidadoso serviço público prestado pela comissão suscitou no Ministério Público do Estado do Ceará a necessidade da criação, ou remodelação, de um órgão ministerial com atribuição regulamentar para, além de outras competências, continuar o acompanhamento do cotidiano penitenciário, evitando cenários como aquele vivenciado no ano de 2016, inclusive mediante parcerias e cooperações com outros órgãos estaduais, a exemplo da própria Secretaria de Administração Penitenciária.

Foi dentro desse cenário, portanto, que fora reestruturado o Núcleo de Investigação Criminal (NUINC), qualificado como um órgão de execução vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça e com atuação perante todo o Estado do Ceará, com atribuição para a condução de investigações de caráter criminal, de forma autônoma ou suplementar, bem como para o fornecimento de auxílio técnico e operacional, nos moldes definidos pela Resolução nº. 041/2017, da lavra do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

É importante registrar que o Núcleo de Investigação Criminal já gozava de previsão legal desde o ano de 2010, quando a Lei Complementar Estadual nº. 90/2010 alterou a Lei Complementar Estadual nº. 72/2008 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público do Estado do Ceará) para fazer inserir o art. 65, § 7º, estabelecendo a seguinte inovação:

Fica instituído, no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, o Núcleo de Investigação Criminal, cujas atribuições, definidas por ato do Colégio de Procuradores de Justiça, serão exercidas, prioritariamente, por Promotores de Justiça Auxiliares, designados por ato do Procurador-Geral de Justiça, atuando de forma integrada e em observância ao Princípio do Promotor Natural

A partir dessa previsão legal, o Núcleo de Investigação Criminal ganhou, pela primeira vez, regulamentação com a Resolução nº. 009/2013, exarada pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Nesse momento inicial, contudo, o NUINC limitava-se a integrar a estrutura da Central de Acompanhamento de Inquérito (CAIMP), com atribuições deveras limitadas.

Desta feita, diante da crise penitenciária enfrentada pelo Estado do Ceará no ano de 2016, o Ministério Público do Estado do Ceará decidiu por conferir nova roupagem ao

Núcleo de Investigação Criminal, elevando-o à categoria de órgão ministerial de execução, com protagonismo e estrutura adequados, tal como mencionado alhures, nos termos da Resolução nº. 041/2017.

Assim, na estrutura organizacional do Ministério Público do Estado do Ceará, no âmbito dos órgãos de investigação, o Núcleo de Investigação Criminal passou a coexistir com o Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO), o Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal (GAESF) e a Procuradoria dos Crimes Contra a Administração Pública (PROCAP).

Considerando a natureza específica dos delitos investigados pelo GAECO, GAESF e PROCAP, coube ao NUINC uma atribuição residual, azo em que lhe compete a condução de investigações criminais de essências absolutamente diversas.

Inobstante a multiplicidade da matéria criminal sujeita à apreciação pelo NUINC, a praxe ministerial documenta que um dos principais focos de atuação do órgão repousa na investigação de crimes cometidos dentro do contexto penitenciário, situação que bem se explica em virtude do momento histórico de reestruturação do próprio órgão. Ademais, vale a pena destacar que, não por acaso, o Ministério Público do Estado do Ceará decidiu conferir a Coordenação do Núcleo de Investigação Criminal, naquele ano de 2017, ano da reestruturação do órgão, ao mesmo membro ministerial que coordenou a Comissão Especial de Apuração instaurada sobre a crise penitenciária, em uma evidente demonstração institucional de que a pauta penitenciária deveria ser considerada como foco de atuação.

Nesse sentido, considerando a bagagem de conhecimento prático angariado, o Núcleo de Investigação Criminal arquitetou, logo de início, uma estratégia de atuação investigativa bastante clara, pautada em duas etapas principais, quais sejam: a realização de operações de inspeção extraordinária nas unidades prisionais com o escopo de apreender os aparelhos celulares porventura existentes e, ato contínuo, examinar o conteúdo telemático dos aparelhos apreendidos para inteligência, identificação, repressão e prevenção de novos crimes.

Obedecendo a esse desenho logístico, desde o ano de 2017, foram realizadas 11 (onze) operações de inspeção extraordinária nos presídios cearenses, sempre após autorização judicial emanada pela Vara de Corregedoria de Presídios e Penas Alternativas, mais precisamente nas seguintes unidades: Unidade Prisional Feminina Desembargadora Auri Moura Costa, Unidade Prisional Francisco Hélio Viana de Araújo, Unidade Prisional Vasco Damasceno Weyne, Unidade Prisional Professor Clodoaldo Pinto, Cadeia Pública de Icapuí/CE, Unidade Prisional Professor José Sobreira Amorim, Unidade Prisional Professor Olavo Oliveira II, Unidade Prisional Elias Alves da Silva, Unidade Prisional Professor José Jucá Neto, Hospital e Sanatório Prisional Professor Otávio Lobo e Presídio Militar do Estado do Ceará.

Desse trabalho resultou a apreensão de uma ampla variedade de itens, tais como: aproximadamente 607 (seiscentos e sete) aparelhos de telefone celular, equipamentos de notebook, câmeras digitais, máquinas de cartão de crédito, pen drives, carregadores, adaptadores, chips, baterias, fones de ouvido, além de armas de fogo, armas brancas, munições e diversas espécies de drogas, balanças de precisão artesanal, anotações de contabilidade de tráfico de drogas etc.

Vale destacar que, paralelamente aos números apresentados acima, devem ser ainda contabilizados aqueles itens eletrônicos apreendidos em operações não presididas especificamente pelo Núcleo de Investigação Criminal, mas pelos demais órgãos integrantes do sistema de segurança pública, que, em virtude de acordos e protocolos de cooperação, direcionavam os itens apreendidos para o NUINC com o escopo de que fosse realizada a extração de dados e a análise técnica consequente.

Como mencionado linhas acima, ultrapassada a primeira etapa investigativa, caracterizada pela apreensão do material eletrônico nas unidades prisionais, passava-se à segunda fase do planejamento, marcado pela análise minuciosa dos elementos telemáticos contidos em cada aparelho eletrônico, tudo com o fito de conhecer a intimidade das informações ali existentes, desde o modo de ingresso daquele item na unidade prisional até os estratagemas organizados pelos detentos para a prática de novos crimes.

O conhecimento de todo esse acervo informativo fez surgir uma investigação criminal com substrato probatório mais enriquecido, alimentado por prova técnico-pericial, cenário que contribuía em demasia para a instauração de processo criminal robusto e seguro, além da contribuição institucional na difusão de informações de inteligência.

Além disso, o cotidiano das investigações ministeriais autorizou a conclusão no sentido de existir um autêntico comércio ilícito voltado para o ingresso, nas unidades prisionais, de aparelhos celulares, drogas e outros itens proibidos, muitas vezes alimentado pela prática de atos de corrupção por parte de policiais penais e outros funcionários integrantes do quadro de pessoal das unidades penitenciárias.

Evidenciou-se, por via de consequência, uma atuação firme do NUINC no sentido de combater a corrupção praticada em âmbito penitenciário, cujo foco imediato era afastar, de logo, os agentes públicos responsáveis pela facilitação da entrada dos itens proibidos, fomentando a criação de um ambiente prisional mais seguro e confiável, a exemplo da Investigação denominada Operação Masmorras Abertas<sup>14</sup>, iniciada nos

---

14 A Operação Masmorras Abertas fora presidida pelo Núcleo de Investigação Criminal a partir da instauração do Procedimento Investigatório Criminal nº. 004/2017, instruída, ainda, com medidas cautelares de interceptação de comunicações telefônicas, busca e apreensão e suspensão do exercício de função pública. A investigação ministerial objetivou descortinar a atuação ilícita de uma associação criminosa, formada por policiais penais e voltada à prática de diversos delitos em âmbito penitenciário, sempre com o escopo de auferir vantagem econômica e valendo-se de posições estratégicas na estrutura hierárquica da Secretaria de Justiça e da Cidadania (hoje intitulada Secretaria de Administração Penitenciária). A investigação fora conduzida pelo NUINC e, ao final, foram denunciadas 07 (sete) policiais penais e 01 (um) particular, processo

primeiros meses do ano de 2017, voltada para a apuração dos delitos de falsidade ideológica (art. 299, Código Penal), corrupção passiva (art. 317, Código Penal), condescendência criminosa (art. 320, Código Penal), violação de sigilo funcional (art. 325, Código Penal), corrupção ativa (art. 333, Código Penal) e associação criminosa qualificada (art. 288, Código Penal), hoje em trâmite perante a 2º Vara da Comarca de Itaitinga/CE nos autos do Processo nº. 0001276-91.2018.8.06.0099.

A título de ilustração, vale a pena pontuar que, a partir de constatação quanto ao acervo interno do NUINC, dentro do período de tempo compreendido entre os anos de 2016 e 2023, de um total de 219 (duzentos e dezenove) Procedimentos Investigatórios Criminais instaurados pelo Núcleo de Investigação Criminal, uma parcela de 57<sup>15</sup> (cinquenta e sete) procedimentos possui como objeto de investigação contextos envolvendo a prática de corrupção ativa, corrupção passiva, falsidade ideológica, tortura e outros delitos cometidos em âmbito penitenciário, número que simboliza aproximadamente 26% (vinte e seis por cento) do acervo investigativo do órgão e reflete com fidelidade a preocupação do NUINC com o combate à corrupção experimentada nas unidades prisionais cearenses.

Como se não bastasse, a partir da atividade investigativa desenvolvida pelo NUINC, municiada pelo conhecimento obtido a partir dos dados telemáticos, foram descortinadas novas modalidades de corrupção no meio penitenciário, caracterizadas pela facilitação dos agentes públicos na transferência de detentos entre unidade prisionais e no falso preenchimento de dados pessoais para cadastros de visitas.

Embora seja necessário afirmar que o Núcleo de Investigação Criminal possui atribuição investigativa bem mais larga que aquela voltada tão somente ao cenário penitenciário, a teor da inteligência da Resolução nº. 041/2017, é inegável a constatação de que a criação do órgão, mormente a partir do histórico que o antecedeu, buscou a especialização no combate à corrupção no meio prisional, circunstância alcançada quando confrontados os números apresentados ao longo dos anos.

---

registrado sob nº. 0001276-91.2018.8.06.0099, atualmente em trâmite perante a 1ª Vara da Comarca de Itaitinga/CE.

15 A informação estatística apresentada pode ser alcançada a partir do conhecimento de dados internos do autor desse trabalho acadêmico, que ocupa a função de Coordenador do Núcleo de Investigação Criminal.

## 5 CONCLUSÃO

A crise penitenciária vivenciada pelo Estado do Ceará entre os dias 20 e 23 do mês de maio do ano de 2016 ostentou a pecha da maior e mais violenta rebelião ocorrida em unidades prisionais cearenses no presente século. A quantidade de vítimas fatais, o meio empregado para sua consecução, o número de lesões corporais e fugas praticadas e o tamanho do prejuízo material infligido à estrutura prisional corroboram essa assertiva.

Como cediço, diante de episódios excepcionais experimentados em meio social, como foi a situação prisional aqui debatida, deveriam as autoridades competentes adotar também soluções criativas e excepcionais para o enfrentamento da situação de crise, exigência que fora adimplida, a nível de Ministério Público do Estado do Ceará, através, a princípio, da criação de comissão específica, *in casu*, a Comissão Especial de Apuração, voltada para o trato das questões relacionadas à persecução penal subjacente aos fatos noticiados.

O labor ministerial fora concretizado diante não apenas da instauração do Procedimento Investigatório Criminal nº. 001/2016, mas sobretudo à vista do oferecimento da peça acusatória inicial nos autos da Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099, azo em que fora deflagrada a persecução penal em fase judicial.

Além disso, no âmbito do Ministério Público Estadual, fora possível visualizar a necessidade de estruturação, ou reestruturação, de um órgão de execução ministerial com atribuição regulamentar para, dentre outras, observar com proximidade o cotidiano das penitenciárias cearenses com foco na compreensão aprofundada sobre as espécies de crimes ali praticados, no *modus operandi* utilizado e nas alternativas para o enfrentamento eficaz, inclusive a título de atividade de inteligência.

Todo esse cenário motivou a edição da Resolução nº. 041/2017, da lavra do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Ceará, que calhou por conferir uma ampla e esmerada reestruturação do Núcleo de Investigação Criminal, azo em que este passou a gozar não só de uma diversificada atribuição investigativa em cenário criminal, mas também de uma estrutura de operacionalização mais adequada, mormente no que diz respeito à pauta penitenciária e suas peculiaridades.

Nesse sentido, foram apresentados, no Tópico 3 desse trabalho acadêmico, informações e números estatísticos que podem comprovar o esmerado trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Investigação Criminal desde a sua recriação legal, mormente aquele dedicado ao enfrentamento de condutas delitivas praticadas em seio prisional, em uma evidente demonstração empírica da obediência institucional às razões históricas que motivam a reestruturação do órgão.

## **CASE STUDY: THE INVESTIGATION OF THE SERIOUS CRISIS (2016) IN THE PRISON SYSTEM OF THE METROPOLITAN REGION OF FORTALEZA, WHICH PRECEDED AND MOTIVATED THE RESTRUCTURING OF THE CRIMINAL INVESTIGATION CENTER (NUINC) OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF THE STATE OF CEARÁ**

### **ABSTRACT**

The crisis experienced by the penitentiary system of Ceará in 2016 developed in a very peculiar context. Days before the rebellions, which occurred in 07 (seven) prison units, the Union of Agents and Servers of the Penitentiary System of the State of Ceará (SINDASP/CE) organized a strike movement of stoppage aiming to increase wages of workers in the criminal police. Despite the existence of a court decision attesting to the illegality of the movement, the decision to strike was maintained by the category, which decided to start the stoppage exactly on visitors day, resulting in a rebellion of the inmates. The penitentiary crisis ended with property damage and a total of 14 (fourteen) inmates killed. This scenario fostered the creation, within the scope of the Public Prosecutor's Office of the State of Ceará, of an agency with expertise focused on addressing penitentiary issues, especially those concerned with corruption within prison units. The Criminal Investigation Center was, since then, regulated, and designated as a ministerial enforcement body with criminal attribution to, among several other competences, act in the fight against corruption of public agents in the penitentiary environment.

**Keywords:** crisis of the prison system; coping with penitentiary issues; Criminal Investigation Center; fight against corruption.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Lei Ordinária nº. 7.210/84.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1984.

CEARÁ (Estado). Lei Complementar Estadual nº. 72/2008. Institui a Lei Orgânica e o Estatuto do Ministério Público do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza, CE: **Diário Oficial do Estado**, 2008.

CEARÁ (Estado). Lei Complementar Estadual nº. 90/2010. Altera e acrescenta dispositivos da Lei Complementar Estadual nº. 72, de 12 de dezembro de 2008, Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza, CE: **Diário Oficial do Estado**, 2010.

NASCIMENTO, Francisco Elionardo de Melo. “Por bem menos se interdita um zoológico”: apontamentos da condição histórica das prisões cearenses que culminou na crise penitenciária. **ARACÊ–Direitos Humanos em Revista**, v. 4, n. 5, p. 136-159, 2017.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Ação Penal nº. 0013398-10.2016.8.06.0099. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2RZ2N9N4M0000&processo.foro=99&processo.numero=0013398-10.2016.8.06.0099>. Acesso em: 13 jun. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve nº. 0623529-98.2016.8.06.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cposg5/show.do?processo.codigo=P00001SIX0000>. Acesso em: 13 jun. 2023.

Rebelião em Roraima teve decapitação e coração arrancado. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 de jan. de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/rebeliao-em-roraima-teve-decapitacao-coracao-arrancado-20737083>. Acesso em: 17 jun. 2023.

Presídios do Ceará registram rebeliões, morte de presos e fuga. **G1 Ceará**, Fortaleza, 23 de maio de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/05/presidios-do-ceara-registram-rebelioes-morte-de-presos-e-fuga.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

SEVERIANO, Adneison; Gonçalves, Suelen; HENRIQUES, Camila. ‘Maior massacre do sistema prisional do AM’, diz secretário sobre rebelião. **G1 Amazonas**, Manaus, 02 de jan. de 2017. Disponível em: [https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/maior-massacre-do-sistema-prisional-do-am-diz-secretario-sobre-rebeliao.html?\\_gl=1\\*1b3saf9\\*\\_ga\\*YW1wLWpJcGdTejRaQmNROW9UWF8yejVCelJuaF9UTkZSZVlzMVhCTHgzdmtpMHhTRm9Ud2FoT3E5eVZNaDNmbWZjYWs](https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/maior-massacre-do-sistema-prisional-do-am-diz-secretario-sobre-rebeliao.html?_gl=1*1b3saf9*_ga*YW1wLWpJcGdTejRaQmNROW9UWF8yejVCelJuaF9UTkZSZVlzMVhCTHgzdmtpMHhTRm9Ud2FoT3E5eVZNaDNmbWZjYWs). Acesso em: 17 jun. 2023.

31 presos são mortos em penitenciária de Roraima, diz governo. **G1 Roraima**, Boa Vista, 06 de jan. de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

Alcaçuz: palco da barbárie na maior rebelião no RN. Tribuna do Norte, Natal, 09 de jul. de 2017. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/alcauz-palco-da-barbarienamaiorebeliaodorn/385592#:~:text=Rebeli%C3%A3o%20de%20Alca%C3%A7uz.%2026%20presos%20morreram%20na%20rebeli%C3%A3o,presos%20custodiados%20em%20Alca%C3%A7uz%20no%20dia%20da%20rebeli%C3%A3o>. Acesso em: 25 jun. 2023.

Comissão Especial do MPCE aponta causas da rebelião no sistema penitenciário. Ministério Público do Estado do Ceará, 2016. Disponível em: [https://www mpce.mp.br/2016/09/comissao-especial-do-mpce-aponta-causas-da-rebeliao-no- sistema-pe-nitenciaro/](https://www.mpce.mp.br/2016/09/comissao-especial-do-mpce-aponta-causas-da-rebeliao-no-sistema-penitenciario/). Acesso em: 17 jun. 2023.

A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS  
COLIDENTES E A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO  
DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO  
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

*THE BALANCING OF COLLIDING PRINCIPLES  
AND THE APPLICATION OF THE PROHIBITION  
OF DEFICIENT PROTECTION OF THE STATE  
IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW*



# A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COLIDENTES E A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO<sup>1</sup>

*THE BALANCING OF COLLIDING PRINCIPLES AND THE APPLICATION  
OF THE PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION OF THE STATE  
IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW*

*Iuri Rocha Leitão<sup>2</sup>*

## RESUMO

O postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado foi desenvolvido, originariamente, a partir da construção jurisprudencial germânica, aplicando a ponderação de princípios colidentes. O precedente foi crucial para uma compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva. A transnacionalidade do direito e o diálogo de cortes possibilitaram a utilização do instituto por outros estados. O referido postulado foi acolhido pela doutrina, e é aplicado pelo Poder Judiciário Brasileiro com a finalidade de resguardar direitos da coletividade, como visto no RE 418.376-5/MS e no HC 102087, ambos do STF. Necessário constatar se a base teórica do referido instituto vem sendo aplicado de forma correta no Brasil, bem como, o método utilizado. As decisões acertaram em aplicar a Proibição da Proteção Deficiente no caso concreto, mas falharam por não utilizar, de forma adequada, a regra de resolução de colisão de princípios. A utilização de forma atécnic e indiscriminada do método de resolução da colisão de princípios como ocorre, hoje, no Brasil, além de trazer subjetivismo e, por consequência, ativismo judicial e arbítrio, acaba fomentando críticas doutrinárias, algumas injustas e estereotipadas, sobre o próprio neoconstitucionalismo e a aplicação de institutos legítimos como a Proibição da Proteção Deficientes do Estado.

**Palavras-chaves:** ponderação de princípios colidentes; dimensão objetiva dos direitos fundamentais; proibição da proteção deficiente por parte do estado.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 22/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-CE (UNIFOR). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). E-mail: iurirl@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3992338292885801>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8117-3429>.

## 1 INTRODUÇÃO

Após a segunda guerra mundial, foi criada, no âmbito da Organização das Nações Unidas, uma comissão para elaborar um documento acerca dos direitos dos homens. A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada na noite de 10/12/1948, na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, realizada em Paris.

A declaração, em seu Preâmbulo, já deixa claro seu caráter universal proclamando:

Como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da Sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos liberdades e assegurar-lhes, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos [...]. (ONU, 1948).

Diante de sua extensão e conteúdo é possível afirmar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxe um novo conceito de universalidade e concretude para os direitos humanos e, por consequência, afastou-se do formato anterior de mera abstração e pretensão de disseminar um direito universal ao gênero humano. Explica-se essa evolução:

Os Direitos da primeira, da segunda e terceira gerações abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso lógico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos- no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positividade a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais. A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade

e da fraternidade. Foi ao importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o ano de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal. (BONAVIDES, 2013, p. 591):

Essa nova concepção de direitos humanos, dotada de universalidade e atenta a sua efetividade, foi sendo progressivamente inserida nos ordenamentos jurídicos dos diversos estados, integrando suas constituições e, muitas vezes, sendo a essência das mesmas. Tal fato resultou no surgimento dos estados democráticos de direitos, estados que reconhecem os direitos humanos como fundamento de sua existência, admitindo não serem um fim em si mesmo, e sim, um instrumento de realização do bem estar do indivíduo. A nova roupagem destes textos constitucionais trouxeram ao interprete novos desafios, para concretizar a norma no caso concreto devido ao conteúdo genérico dos dispositivos. Denominou-se de *hard cases* as situações em que, diante de um caso concreto, duas normas com densidade genérica, tutelando bens distintos, incidiriam sobre um caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 127).

Nesse contexto, surge a técnica de ponderação de princípios, adotada, inicialmente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, e desenvolvida pela doutrina na Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015, p. 456). O conceito de Proibição da Proteção Deficiente do Estado possui base hermenêutica na referida teoria. O postulado foi desenvolvido por meio do precedente do Tribunal Constitucional Federal Alemão (1993 apud MARTINS, 2006, p. 2006), servindo de *ratio decidendi* para o reconhecimento do dever de proteção da dignidade humana. O referido tribunal estabeleceu que a Constituição Alemã protege a vida uterina, sendo dessa forma o nascituro tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O julgado assentou, mediante a ponderação de princípios conflitantes, que o estado deve ter mecanismos legais e fáticos para exercer essa tutela, inclusive com a respectiva repressão e prevenção, sendo proibida a proteção insuficiente nas três esferas de poder. O citado precedente foi crucial para uma nova compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva, enquanto dever de proteção por parte do estado exercido mediante uma prestação positiva. O referido postulado foi acolhido pela doutrina, e é aplicado pelo Poder Judiciário Brasileiro, com a finalidade de resguardar os direitos da coletividade, como visto no RE 418.376-5/MS (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, *online*) e no HC 102087 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, *online*).

Diante das consequências práticas e jurídicas dos referidos julgados, e dos princípios em colisão, é importante aferir se a base teórica do referido instituto vem sendo aplicado de forma correta no Brasil. Assim, é legítimo questionar: Qual o substrato teórico

da Proibição da Proteção Deficiente do Estado? O postulado pode ser aplicado em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro? Qual o método hermenêutico utilizado pelos tribunais brasileiros para a aplicação do referido postulado? O método está sendo utilizado corretamente? O presente trabalho objetiva analisar a situação acima exposta, para ao fim, avaliar, de forma crítica, a possibilidade da aplicação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no direito penal brasileiro, qual o método utilizado em sua aplicação, bem como, a análise da correção ou não do método hermenêutico utilizado.

Analisaremos a origem e o substrato teórico da Proibição da Proteção Deficiente do Estado à luz dos direitos fundamentais e sua dimensão objetiva. Em seguida, analisaremos o método hermenêutico utilizado para aplicação do referido postulado. Na sequência, vamos aferir se a aplicação da teoria pelos tribunais é aplicada com o método correto e se é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

O postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado ou, para alguns, o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado (Proibição de *défice*, *Untermassverbot*) foi desenvolvido originariamente a partir da construção jurisprudencial germânica, notadamente por meio de precedente do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BverfGE 88, 203; 28.05.19935), servindo de *ratio decidendi* para o reconhecimento do dever de proteção da dignidade humana. O referido julgado, realizado em sede de controle abstrato de constitucionalidade de uma lei, que estabelecia uma excludente de antijuridicidade para o crime de aborto, resultou no reconhecimento do direito subjetivo à proteção da vida do nascituro, sendo tal direito exigível em face do estado, diante da ameaça de lesão pela intervenção de terceiro, inclusive da própria gestante, cujo direito fundamental, no caso concreto, não foi considerando amplo o suficiente para interromper a gestação do filho<sup>3</sup>. O referido tribunal estabeleceu que a Constituição Alemã protege a vida uterina, sendo dessa forma o nascituro tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O julgado assentou que o estado deve ter mecanismos legais e fáticos para exercer essa tutela, inclusive com a respectiva repressão e prevenção, sendo proibida a proteção insuficiente nas três esferas de poder.

---

3 “A 15ª Lei de Mudança do Direito Penal estabelecia a excludente de antijuridicidade no caso de aborto praticado (1) dentro de doze semanas a partir da concepção, e (2) em estado geral de necessidade da gestante, bem como das leis que versavam sobre o custeio hospitalar e ajuda familiar nessas situações. No referido julgado (BverfGE 88, 203; 28.05.1993), o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu a dignidade humana e o direito à vida do nascituro, cabendo ao estado o dever correlato de proteção contra perigos advindos da intervenção de terceiros, o que implicava na adoção de medidas adequadas e efetivas para tanto, vedada, portanto, a proteção insuficiente”. (BROOCKE, 2014, p. 147).

Na análise da colisão de princípios envolvidos, o tribunal germânico pontuou o direito à vida do nascituro e a liberdade da mulher, fixando que os direitos fundamentais da mulher não são tão amplos a ponto de suspender, mesmo que por um determinado prazo, o dever de levar a termo a gestação do filho. Foi mencionado ainda pelo referido tribunal que a decisão não poderia ensejar uma inviabilidade no exercício dos direitos fundamentais da mulher, podendo em situações excepcionais, determinadas pelo legislador, a inserção no ordenamento jurídico de elementos típico-normativos de exceção segundo o critério de inexibibilidade, seguindo critérios da proporcionalidade em sentido estrito.

Restou assentado que a Proibição da Proteção Deficiente do Estado não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal na proteção da vida humana, ainda que seja utilizado como ultima medida, devido ao seu caráter de intervenção mínima.

O citado precedente alemão foi crucial para uma nova compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva, enquanto dever de proteção por parte do estado exercido mediante uma prestação positiva. Discorre-se sobre o princípio e as hipóteses de sua aplicação:

Em época recente, na Alemanha, é objeto de debate tanto em sua estrutura como até mesmo em sua existência, um outro aspecto – menos conhecido e que ainda se encontra em fase embrionária – do princípio da proporcionalidade denominado de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) ou de proteção deficiente, segundo o qual o preceito da proporcionalidade é aplicável tanto para fazer valer um direito de defesa para obrigação de omissão estatal como também para obrigações de ação positivas. O Estado é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição de excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição de insuficiência como elemento condutor de deveres de proteção jurídico-fundamentais. (SANGUINÉ, 2014, p. 669).

A esse respeito, aponta-se a distinção entre os direitos fundamentais de proteção e defesa (ALEXY, 2015, p. 456). Não obstante ambos tenham como destinatário o próprio estado, os direitos de defesa dizem respeito à abstenção de intervenção do ente estatal na esfera individual, e os direitos de proteção estão ligados a um dever de proteção do estado contra a intervenção de terceiros. Assim sendo, os direitos fundamentais possuem uma perspectiva subjetiva relacionada à proibição de excesso por parte do Estado, e outra objetiva, manifestada por meio do dever de proteção, ou de vedação de proteção deficiente do estado.

Nessa perspectiva, é correto inferir que com base na regra de ponderação de princípios colidentes, nas condicionantes fáticas de extirpar-se a vida do nascituro, por terceiros, mesmo quando a própria genitora está dispondo do seu corpo; a inexistência de enfermidade na gravidez capaz de gerar risco para a genitora, e a inexistência de uma legislação de exceção a regra de gestação, o direito fundamental à vida (P1) prevaleceu sobre o direito fundamental da mulher de dispor do próprio corpo (P2). Seguindo a regra da ponderação, observa-se que o meio utilizado foi adequado para o fim almejado, vez que o (P1), em sua vertente de proteção, resguardou a vida do nascituro, restringindo parcialmente o direito da mulher de dispor sobre seu corpo, até o nascimento com vida do feto, preservando, assim, o núcleo essencial do direito. Foi necessário, vez que não havia outra tutelamenos gravosa que impedisse a morte do nascituro. A proporcionalidade, em sentido estrito, também estava presente, vez que neste caso concreto justifica-se, de forma racional, apesar da intensa consequência da intervenção, resguardar o direito à vida nessas condições fáticas, devendo o direito da mulher dispor do próprio corpo ser momentaneamente restringido. Caso o outro direito fosse satisfeito, haveria interrupção da vida, o que o aniquilaria completamente o direito à vida.

Feito esta explanação, é mister ressaltar que a ideia de Proibição da Proteção Deficiente do Estado, como um postulado associado ao princípio da proporcionalidade que, no caso concreto, gera um dever de proteção do estado, assim como todo juízo concreto oriundo de uma decisão sobre ponderação entre direitos fundamentais, traz consigo críticas de restrição de um direito fundamental sobre o outro sem previsão constitucional expressa, que autorize tal conclusão. Aponta-se subjetivismo no exercício dessa ponderação, ativismo judicial e efeitos nefastos na separação dos poderes:

As reservas específicas de cada direito fundamental seriam ilegítimamente substituídas por uma reserva geral de ponderação que afetaria uniformemente todos os direitos fundamentais e os próprios conteúdos específicos dos direitos fundamentais seriam precipitadamente nivelados. Nessa generalização vinha de resto, implicada a tendência para a transformação de qualquer problema de direitos fundamentais em problema de colisão não constitucionalmente resolvida de bens jurídicos, o que legitimaria, posteriormente, a substituição do labor árduo da interpretação jurídica, como via para chegar a solução de um caso difícil, pela saída mais cômoda, que consistia em apresentar sob o invólucro de uma ponderação de bens tida como inevitável um resultado encontrado, de facto, através de livre criação jurídica do operador. (NOVAIS, 2010, P. 682).

Ainda que existam críticas bem fundamentadas, dentro do atual formato dos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos de direito, a própria doutrina compreende a inevitabilidade de utilizar-se a valoração e ponderação de bens. Os que rejeitam este método, dentre eles os positivistas e defensores da teoria garantista<sup>4</sup>, não apontam soluções eficazes para os casos difíceis, vez que o método clássico defendido por eles, como: gramatical, sistemático e teleológico, já se mostraram insuficientes para a complexa normatividade da atualidade (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p.13). Vale destacar que o garantismo, neste ponto, não aponta muitas respostas.

Na verdade, o que se faz necessário, não só no Brasil, mas em outras partes do mundo, é seguir fielmente os critérios da teoria de ponderação de princípios colidentes (ALEXY, 2015, p.456), com a observação estrita dos conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando mitigar a “insuficiência” de recursos claros à ponderação de bens, evitando subjetivismo e arbítrio. Ademais, vale pontuar que o sistema normativo, como um todo, padece das críticas feitas à ponderação de bens. Mesmo os métodos hermenêuticos clássicos poderiam gerar situações disfuncionais, até mesmo porque a constituição de um estado não tem como fornecer critérios expressos de resolução.

Destarte, compreendemos que o reconhecimento das debilidades da metodologia da ponderação não invalida sua inevitabilidade. Ao contrário, apontam orientações para elaboração de parâmetros, metodológicos, objetivamente inarredáveis em um estado democrático de direito. A decisão de ponderação deve respeitar os limites, isso quer dizer que para além de observar todas as pautas e valorações constitucionais, uma decisão de ponderação não pode, designadamente, violar princípios como, da igualdade, proibição de excesso, proporcionalidade de reserva legal e proteção deficiente.

Assim, vislumbra-se que a Proibição da Proteção Deficiente do Estado, como um reconhecimento do dever de proteção do estado do tipo prestacional, torna-se um legítimo instituto dentro do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como uma das facetas da proporcionalidade ao lado da proibição do excesso, apto a fundamentar decisões de cortes constitucionais no âmbito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Reconhece-se o dever do Estado de promover positivamente os direitos fundamentais, com respeito à separação de poderes e com proporcionalidade<sup>5</sup>:

---

4 Teoria do Direito desenvolvida por Luigi Ferrajoli que rejeita a ideia do sopesamento de princípios para a resolução de casos difíceis. (FERRAJOLI, 2002, p. 237).

5 A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. [...] O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre

Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, qualificada também de função protetora (Schutzfunktion). Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível. (ÁVILA, 2009, p. 102).

Por sua vez, sustenta-se que o Estado tem a obrigação de proteger direitos fundamentais, sendo possível o questionamento de leis, atos administrativos e decisões judiciais, que não protejam direitos fundamentais de forma suficiente, mesmo quando tratem de conflitos entre particulares (CANARIS, 2005, p. 21-28).

### **3 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COLIDENTES E A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

A utilização de institutos, decisões e ordenamento jurídicos de um estado por outros não é algo tão recente. A transnacionalidade do direito é um acontecimento que decorre da intensificação, nos últimos anos, da comunicação e relações entre os estados e seus sistemas jurídicos. Pode-se ser conceituada como o fenômeno no qual as limitações dos Estados Nacionais não mais contêm as relações sociais, que passam, então, a perpassar e a ultrapassar a soberania. (STAFFEN, 2014, p.1547).

Esse contexto, somado ao fortalecimento dos organismos internacionais, e a universalização das declarações de direitos humanos, fizeram com que os estados democráticos de direito passassem a adotar em suas constituições noções universais de direitos, notadamente direitos humanos. Como consequência, surgiram a existência de problemas globais, cujas soluções adotadas por um estado serviram de inspiração e influência para os outros. Defende-se que:

Os limites de cada ordenamento, antes nítidos e bem delineados, tornam-se paulatinamente tênues e, como consequência, certas temáticas são alçadas para além dos limites territoriais ou jurisdicionais estatais, dando ensejo a uma abordagem dos mesmos sob uma perspectiva transnacional. (LOPES; JÚNIOR, 2017, p. 183).

---

meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. (ÁVILA, 2009, p. 161).

Um dos efeitos práticos mais evidente da transnacionalidade é o diálogo de cortes constitucionais, consistindo na utilização, por parte das cortes, de um estado de precedentes das cortes constitucionais de outros países, inserindo no direito local novos conceitos, institutos e teorias estrangeiras, que guardem correlação com o ordenamento jurídico local e os problemas enfrentados. Outrora inseridos nas decisões apenas como forma de expor a cultura jurídica dos julgadores, atualmente as teorias e julgados de cortes estrangeiras são utilizados, em conjunto com o ordenamento jurídico local, como razão de decidir, inclusive inseridas nos acórdãos com esta qualidade.

Falando sobre o diálogo de cortes e sua repercussão na jurisprudência do STF, discorre-se:

Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais tem-se desenvolvido sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas dos Acórdãos, como parte da *ratio decidendi*. (NEVEZ, 2014, p. 214).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, essas situações são bem evidentes. Podemos afirmar que a aplicação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado pelo STF é mais uma manifestação deste fenômeno. Inicialmente, em 2006, o STF reconheceu e aplicou a Proibição da Proteção Deficiente do Estado no julgamento que negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra o não reconhecimento da extinção da punibilidade do crime estupro de vulnerável, face o convívio posterior entre vítima e acusado, RE 418.376-5/MS14. Naquela oportunidade, a corte entendeu que mesmo a união estável posterior não teria o condão de deixar a vítima, uma criança de 09 (nove) anos á época do estupro, desprotegida pelo ordenamento jurídico, vez que esta não teria o consentimento de um adulto.

Analisando a fundamentação do referido julgado, foi destacado o conceito de Proibição de Proteção Deficiente do Estado, sua vertente oriunda da proporcionalidade e a importância de sua aplicação como direito de proteção. Foi referido, ainda, que o princípio seria uma espécie de garantismo positivo o que, com a devida *vênia*, nos parece um erro conceitual, vez que a teoria garantista rejeita a ideia do sopesamento de princípios para a resolução de casos difíceis (FERRAJOLI, 2002, p. 237), como realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, quando desenvolveu a construção jurisprudencial em estudo.

Na decisão, é transcrita doutrina sem entretanto, ser realizado qualquer tipo de sopesamento. O julgado limita-se a falar do instituto, e que o estado não poderia abrir mão do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental, e que conferir a situação do caso concreto o *status* de união estável, comparável ao casamento, para fins de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, VII do Código Penal, não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à Proibição da Proteção Deficiente do Estado.

Restaram ausentes, na fundamentação, a racionalização dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, para aferir qual direito fundamental, no caso concreto, deveria prevalecer sobre o outro. Vislumbra-se de um lado o princípio da proteção integral da criança diante da proteção da família e da união estável, art. 226 da CF/88. Observa-se que o meio utilizado foi adequado para o fim almejado, vez que, em sua vertente de proteção, resguardou a sexualidade da criança, fazendo cessar as relações sexuais, ainda que em face do seu próprio companheiro maior, até aquela atingir a maioridade. Foi necessária, vez que não havia outra tutela menos gravoso para o fato, considerando que a menor já estava grávida em virtude da relação sexual. A proporcionalidade, em sentido estrito, também estava presente, vez que neste caso concreto justifica-se, de forma racional, apesar da intensa consequência da intervenção, resguardar o direito da sexualidade da criança, que manteve relação sexual sem o consentimento válido, nessas condições fáticas, devendo a proteção da infância e a sexualidade desta se sobrepôr, momentaneamente, restringido os efeitos da relação de união estável entre os companheiros. Caso o outro direito fosse satisfeito, haveria realização de relação sexual com uma criança sem consentimento válido desta, o que o aniquilaria completamente o direito fundamental à proteção da infância.

Posteriormente, no ano de 2012, a Proibição da Proteção Deficiente do Estado também foi aplicado pela Suprema Corte na decisão que declarou a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato previstos na lei n.º 10.826/2003 (HC 102087).<sup>17</sup> Nesse julgado, a corte analisou a constitucionalidade da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Na oportunidade, foi consignado que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas vedações contra excessos por parte do estado (*Übermassverbot*), mas também devem ser traduzidos em proibições de proteção deficientes por parte do estado, e até mesmo imperativos de tutela (*Untermassverbot*), na medida em que o estado não pode deixar de resguardar a segurança dos indivíduos em face da conduta de terceiros, nesse caso o porte de arma, ainda que desmuniado.

Nesse segundo julgado, a corte constitucional fundamentou que a vedação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado impõem ao legislador a criminalização de determinadas condutas que são lesivas à comunidade, mesmo que de perigo abstrato, sem a

lesão concreta de determinado bem jurídico. Foi firmado que muitas vezes a tipificação de condutas de perigo abstrato revelam-se um mecanismo eficaz para a tutela de bens jurídico-penais e supraindividuais, como: o meio ambiente, saúde, etc. Nesse sentido, vemos que a segurança coletiva também pode ser tutelada pelo referido princípio. Restou assentado que o legislador, dentro da sua margem de atuação, deve definir as medidas necessárias para resguardar o bem jurídico e eventual direito fundamental, inclusive com escolher hipóteses de direito penal preventivo. Somente a atividade, que transborde essa opção legislativa, seria inconstitucional.

Parece-nos claro, no acórdão, que os direitos fundamentais considerados na ação foram o da segurança coletiva em detrimento do princípio da ofensividade, oriundo de um sistema penal de matriz iluminista liberal, do direito penal mínimo. Apesar da presença desses direitos fundamentais no julgamento, e da utilização do postulado estudado associado ao princípio da proporcionalidade, não se vislumbra o método hermenêutico utilizado, muito menos a observância das rigorosas técnicas de ponderação consagradas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Novamente, a mais alta corte do país limita-se a mencionar: proporcionalidade, proteção de direitos fundamentais, bens jurídicos tutelados, etc. Ao fim, o julgado indica a conclusão onde um princípio, que não está expressamente previsto na constituição, prevaleceria sobre o outro, em um aparente subjetivismo, que somente reforçam as críticas feitas à ponderação de princípios realizadas no Brasil. Denomina-se essa problemática como “pan-principiologismo em *terrae brasiliis*”, e a define-se como uma tendência da jurisprudência brasileira de elaborar princípios não formulados na Constituição, mas que são fruto, exclusivamente, de argumentações morais (STRECK, 2009, p. 246).

Vale destacar que, nesse segundo julgado, observa-se um esforço argumentativo do STF para fundamentar a aplicação do referido postulado, citando inclusive os termos em alemão e os mandados de criminalização, mas sem utilizar a hermenêutica adequada para o caso e fundamentar o afastamento do princípio da ofensividade. Não se defende aqui que o postulado da proibição da proteção deficiente do estado não era cabível no caso concreto, muito pelo contrário, o julgado mostra possível a aplicação, entretanto, não se pode ignorar que o mesmo foi aplicado sem o rigor técnico adequado, exacerbando a margem de subjetividade do julgador na concretização de um caso difícil.

Analisando também o referido acórdão, pode-se aferir que o meio utilizado foi adequado para o fim almejado, vez que o legislador optou por tutelar com o direito penal ações que geram risco a população, ainda que não geram dano concreto. Foi necessária, vez que não havia outra tutela menos gravoso para o fato, considerando que o porte de arma desmuniado enseja a ocorrência de inúmeros outros delitos concretos, como roubos, receptações etc. A proporcionalidade, em sentido estrito,

também estava presente, vez que, neste caso concreto, justifica-se, de forma racional, apesar da intensa consequência da intervenção, tutelar a segurança coletiva, devendo a intervenção mínima do estado no direito penal, notadamente em crimes sem perigo concreto, ser afastada. Caso o outro direito fosse satisfeito, haveria atipicidade na conduta de todo cidadão brasileiro que portasse arma de fogo desmuniada, o que ensejaria grave caos na segurança da coletividade.

#### 4 CONCLUSÃO

Os fenômenos da transnacionalidade do direito e do diálogo de cortes acabaram por influenciar os estados democráticos de direito. Os textos normativos de suas constituições preveem noções de direitos humanos universais. Como consequência, surgiram a existência de problemas globais, cujas soluções adotadas por um estado serviram de inspiração e influência para os outros.

Desta feita, podemos vislumbrar que a construção jurisprudencial germânica da Proibição da Proteção Deficiente do Estado é plenamente aplicável no Brasil, diante da existência no ordenamento jurídico pátrio dos mesmos direitos fundamentais que balizaram a decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, bem como, da ocorrência dos mesmos casos concretos difíceis que autorizam o exercício do sopesamento de princípios colidentes.

Apesar das críticas dos positivistas, e dos que defendem o constitucionalismo garantista, dentro do atual formato do ordenamento jurídico dos estados democráticos de direito, é inevitável utilizar a valoração e ponderação de bens.

Na resolução da colisão entre os princípios realizado pelo Tribunal Germânico (BverfGE 88, 203; 28.05.1993), foi adotado um rigor técnico na construção do postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado, tendo sido fundamentado, de forma didática, a preferência de um princípio pelo outro no caso concreto, ante a adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, das condicionantes fáticas existentes.

Já as decisões do STF no RE 418.376-5/MS e HC 102087, acertaram em aplicar a Proibição da Proteção Deficiente no caso concreto, mas falharam por não utilizar, de forma adequada, o método existente para resolução de colisão de princípios, o que gera críticas infundadas e incompreensão ao postulado associado à proporcionalidade em estudo, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A utilização de forma atécnica e indiscriminada do método de resolução da colisão de princípios, como ocorre hoje no Brasil, além de trazer subjetivismo e, por consequência, ativismo judicial e arbítrio, acaba fomentando as críticas doutrinárias, algumas

injustas e estereotipadas, sobre o próprio neoconstitucionalismo e a aplicação de institutos legítimos como a Proibição da Proteção Deficientes do Estado.

## **THE BALANCING OF COLLIDING PRINCIPLES AND THE APPLICATION OF THE PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION OF THE STATE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW**

### **ABSTRACT**

The postulate of the Prohibition of Deficient Protection of the State was originally developed from the Germanic jurisprudential construction applying the consideration of conflicting principles. The precedent was crucial to an understanding of fundamental rights from their objective perspective. The transnationality of the law and the dialogue of courts made it possible for other states to use the institute. The aforementioned postulate was accepted by the doctrine and is applied by the Brazilian Judiciary with the purpose of protecting the rights of the community, as seen in RE 418.376-5/MS and HC 102087, both from the STF. It is necessary to verify whether the theoretical basis of the aforementioned institute has been applied correctly in Brazil, as well as the method used. The decisions were correct in applying the Prohibition of Disabled Protection in the specific case, but failed by not adequately using the principled collision resolution rule. The technical and indiscriminate use of the method of resolving the collision of principles as occurs today in Brazil, in addition to bringing subjectivism and, consequently, judicial activism and arbitrariness, ends up encouraging doctrinal criticisms, some unfair and stereotypical, about neoconstitucionalism itself and the application of legitimate institutes such as the State's Prohibition of Disabled Protection.

**Key-words:** weighting of colliding principles; Objective dimension of fundamental rights; prohibition of deficient protection by the state.

### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.  
BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.  
BROOKE, Alexandre Moreira van Der. **Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade. Garantismo, **Hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa...[et al.]**; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lênio Luis Streck, André Karan Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal. Parte geral**. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos Santos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n.3, 2017 p. 183. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4996/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transtitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 201, jan/mar. 2014, p. 193-214. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502958/001002791.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 nov. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2.ed. Wolters Kluwer: Coimbra, 2010.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Nova York, Estados Unidos da América, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 23 fev. 2024.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHIMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STAFFEN, Márcio Ricardo; NISTLER, Regiane. Transnacionalidade e relações de trabalho: análise da imigração dos haitianos ao Brasil. Estamos preparados? **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência**

**Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. Acesso em: 29 nov. 2021.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista- clássico**, disponível em: <http://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 418.376-5/MS**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2012]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 102087**. Crimes de Princípio abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2012]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>. Acesso em: 22 nov. 2021.



CONTROLE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS  
PARA O DIREITO BRASILEIRO

*CONTROL OF CRIMINAL INVESTIGATION  
BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE:  
PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN LAW*



# CONTROLE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS PARA O DIREITO BRASILEIRO<sup>1</sup>

*CONTROL OF CRIMINAL INVESTIGATION BY THE PUBLIC  
PROSECUTOR'S OFFICE: PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN LAW*

*Marcus Vinícius Amorim de Oliveira<sup>2</sup>*

*“Não tenhamos pressa, mas não percamos tempo”*

*José Saramago*

## RESUMO

O Ministério Público é a instituição responsável pela seleção dos casos criminais. Para isso, é fundamental exercer um controle efetivo sobre o output e principalmente o input dos casos no sistema. Nesse sentido, a partir de um estudo da estrutura de investigação no Tribunal Penal Internacional, são analisadas as demandas de controle sistêmico. Assim, propõe-se um modelo que confere mais racionalidade e flexibilidade na gestão dos casos pelo Ministério Público, que centralizará o registro de notícias de crime e decidirá se uma investigação policial poderá correr sem sua supervisão, sob sua supervisão ou se excepcionalmente conduzirá ele mesmo a investigação.

**Palavras-chave:** investigação criminal; justiça penal; Ministério Público; sistema; controle.

## 1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO “ATRAVESSADOR” DE INQUÉRITOS POLICIAIS

Já é lugar-comum dizer que a justiça penal está em crise, o que parece estar li-

---

1 Data de Recebimento: 09/04/2024. Data de Aceite: 06/07/2024.

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Doutor em Direito, ramo Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. Professor na ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Ceará e na FACINE. E-mail: marcus.amorim@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7436079094251452>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9252-8707>.

gado ao que Garland chama de “perpétua sensação de crise”. Afinal, existe agora um crescente senso de que os arranjos relacionados ao controle do crime – organizados por intermédio de agências especializadas da justiça penal – talvez não sejam mais adequados nem sejam coerentes entre si<sup>3</sup>. Junto com ele, penso que as falhas do sistema de justiça criminal não são mais tão facilmente vistas como problemas temporários, que tem que ver com falta de recursos ou com a implementação insuficiente de programas correcionais ou preventivos. De maneira um tanto mais ampla, Santos refere a “crises”, no plural, isto é, da sociedade, do Estado social, da justiça penal e mesmo da ciência criminológica, e que para ela devem ser relacionadas com um problema de legitimação da intervenção penal, problema esse que se avoluma quando a legitimidade está associada a critérios funcionais de necessidade e de utilidade sociais que começam a ser questionados<sup>4</sup>. Seja como for, os tempos de hoje ecoam as vozes que clamam por mais punição, um direito penal de perfil mais securitário, o que resulta no paradoxo em que, quanto mais se recorre ao direito penal tanto mais esse instrumento de força se fragiliza. Entretanto, uma coisa é certa: a ideologia do *full enforcement*, e sua pretensão de submeter todos os casos criminais conhecidos e apurados a julgamento nos tribunais, fracassou.

No âmbito do direito processual penal brasileiro, um sintoma que me parece absolutamente evidente dessa doença da justiça penal contemporânea é o papel desempenhado pelo Ministério Público na investigação criminal. Sabe-se que a investigação criminal tem-se tornado uma etapa da persecução penal cada vez mais relevante em comparação com a fase processual propriamente dita ou mesmo a da execução da pena. Afinal, o princípio da obrigatoriedade na ação penal tem perdido espaço para a oportunidade, dentre outras mudanças importantes. Entretanto, ainda é comum observar membros do MP na posição extremamente cômoda, salvo alguns casos isolados, em núcleos de investigação ou quando formadas forças-tarefa, de observar passivamente a tramitação de inquéritos policiais, não raras vezes com dilações de prazo protocolares, à espera da morte da investigação por inanição. E é quando os autos do inquérito policial chegam em mãos do membro do MP contendo um relatório final que o MP se vê na condição de um mero “atravessador” de inquéritos policiais.

O termo “atravessador” parece pertinente porque é disso mesmo que se trata: assim como o comerciante que desempenha a função de intermediário entre o

---

3 Cf. GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea*, pp. 67-68.

4 Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades*, pp. 12-13.

produtor e o consumidor, o MP brasileiro costuma “repassar” um produto - a versão dos fatos construída inquisitorialmente no procedimento policial – sem conhecer a fundo o seu modo de produção, vale dizer, como a investigação efetivamente se operacionalizou. É como se a instituição fosse um agente alheio àquilo que é apresentado ao Judiciário, aos envolvidos na investigação e à comunidade quando, em verdade, ao tomar uma decisão sobre o direcionamento a ser dado ao caso criminal que tem em mãos, torna-se corresponsável pelo que ali se contém, um chancelador daquele produto. Com base numa estrutura que confere bastante autonomia à autoridade policial, diferentemente do que ocorre em outros países, onde a polícia judiciária é funcionalmente subordinada ao MP, não se vê qualquer estímulo próprio do sistema para uma aproximação entre as duas instituições. Essa aproximação fica a depender de um certo voluntarismo dos agentes públicos.

Tem-se aqui, portanto, um problema essencialmente sistêmico e, como tal, sem passar por uma reformulação profunda, é perene e tende a agravar. Logo, é urgente que se busquem soluções para tornar a justiça penal - e em particular, da sua porta de entrada, o sistema de investigação criminal - uma estrutura mais racional e que conte com agências aptas a desempenhar uma melhor funcionalidade. Um sistema que gerencie melhor seus processos de entropia e entregue mais efetividade, o que significa, a meu ver, uma seleção bem orientada dos casos criminais e, possivelmente, menos prisões provisórias, provas mais robustas, processos judiciais mais céleres, acordos melhor costurados. Enfim, um processo penal mais justo. E tudo isto principia com um sistema de investigação criminal em que o MP se apresente mais proativo, desde que munido de ferramentas operacionais devidamente disciplinadas pela legislação que lhe permitam gerenciar concretamente os fluxos dentro desse sistema.

## **2 A URGÊNCIA DE UM MP PROATIVO NO SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O PARADIGMA DO GABINETE DO PROCURADOR NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

No âmbito social, o medo líquido de que nos fala Bauman<sup>5</sup> estimula a expansão, por vezes irracional, do sistema punitivo. Em países como o Brasil se vê o constante aumento do volume de leis penais. Em especial, o direito penal do século XXI se caracteriza pelo alargamento das normas penais em branco, por tipos penais abertos e crimes

---

<sup>5</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*, p. 9.

de perigo. Algo que também se prende com a persecução penal, com a proliferação de equipes conjuntas de investigação no campo da cooperação internacional e as chamadas forças-tarefa no círculo das instituições nacionais. Neste aspecto, a palavra em voga é cooperação, para que se consiga dar conta das demandas cada vez mais expressivas e complexas de controle do crime.

É nessa realidade que, dentro do sistema jurisdicional de resposta ao crime, o MP se apresenta como a instituição encarregada da seleção dos casos criminais com vistas à tomada de decisão especificamente sobre a dedução de acusação em juízo, celebração de acordos penais e arquivamento dos procedimentos investigatórios. Para que esta função possa ser bem executada, é fundamental que o MP exerça um controle efetivo sobre os mecanismos definidores não somente do *output* como também - e eu diria que principalmente - do *input* dos casos na alimentação do sistema de investigação criminal. Portanto, que abandone a posição de “atravessador” de inquéritos policiais. Em países como Portugal, a direção do inquérito, em que os órgãos de polícia criminal atuam sob a direta orientação do MP e na sua dependência funcional, vem posta como uma ferramenta de controle em mãos do MP. Por isso, reconheço o modelo português como melhor orquestrado, mais maduro. O mesmo acontece, com algumas variações, na Alemanha e na Itália, por exemplo. E assim é porque, sem abandonar o compromisso com a verdade, o MP é reconhecido como a agência mais apropriada para gerenciar o sistema. De outra banda, no Brasil, a instituição não desfruta dessa posição, tanto que as duras penas consegue desempenhar sua função de controle externo da atividade policial.

Diante disso, posso apontar a estrutura de investigação no Tribunal Penal Internacional como um paradigma para, a partir dela, analisar os pontos de pressão do sistema que tem forçado o MP a buscar alternativas para conferir mais resolutividade às investigações criminais.

A estrutura do Gabinete do Procurador no TPI é, de fato, bastante peculiar. É um dos órgãos do Tribunal, o que está longe de significar que não seja independente no exercício de suas funções. Em verdade, sua independência é estabelecida expressamente no Estatuto. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal. Compete-lhe recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência da Corte, a fim de as examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal<sup>6</sup>. Portanto, o Gabinete do Procurador faz as vezes de “disque-denúncia” e centraliza as notícias de crime.

O Gabinete do Procurador opera por conta própria e não pode ser instruído por

---

<sup>6</sup> Nos termos do art. 42º, n.º 1, do Estatuto.

nenhum outro órgão do Tribunal ou qualquer fonte externa para selecionar ou priorizar alvos específicos, para prosseguir ou não com uma investigação completa ou acusações formais ou para conduzir suas investigações e processos de qualquer maneira particular, estando sujeito apenas aos quadros de ação (*frames of action*) estabelecidos pelo Juízo de Instrução e Câmara de Julgamento ou adiamento por meio de diferimento do Conselho de Segurança<sup>7</sup>. Sem independência para o Gabinete do Procurador, a noção de discricionariedade do Ministério Público seria prejudicada<sup>8</sup>. Tudo isso, como se vê, a fim de permitir que a investigação dos crimes possa se desenvolver de modo isento. Ora, se não há uma legislação de política criminal a que esteja submetida, apenas o Estatuto que lhe deu origem e os protocolos correlatos, pelo menos se observa uma instância com poderes para conter-lhe algum grau de discricionariedade e que funciona como agência garantidora.

Principalmente, importa destacar que o Gabinete do Procurador não conta com uma polícia que lhe seja subordinada, portanto, a quem possa dirigir nas diligências investigatórias, o que exige uma articulação e um plano estratégico em cada caso e conforme os recursos disponíveis. A condução do inquérito é a etapa de crucial importância para o bom desempenho das funções do Procurador. Nesse horizonte, ele deverá, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa, o que implica, portanto, reconhecer a possibilidade, tal como exigido em alguns países, que sejam considerados os elementos exculpantes em favor do investigado<sup>9</sup> bem como os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas.

Este aspecto pode exemplificar que o MP não precisa ficar adstrito à investigação policial ou dispor de um corpo de agentes policiais especialmente designados para auxiliá-lo (*die Hilfbeamten der Staatsanwaltschaft* dos alemães), a não ser em núcleos especializados que exigem uma interação mais frequente com as polícias. A *expertise* das polícias em determinadas técnicas de intervenção e investigação, e mesmo no cumprimento de ordens judiciais, não pode ser simplesmente desprezada, porém, o MP tem condições de se articular com outros organismos estatais ou da sociedade civil, mediante convênios ou pactos de cooperação, servindo-se da atividade policial quando julgar necessário para a consecução de seus objetivos nas investigações. Alguns segmentos de criminalidade (*white collar crimes*) podem ser investigados sem a necessidade de

---

7 Consoante o art. 16, do Estatuto.

8 Cf. BERGSMO, Morten; HARHOFF, Frederik. *Article 42 – The Office of the Prosecutor*. Em TRIFFTERER, Otto (ed). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**, p. 630.

9 Nos termos do art. 54º, n.º 1, alínea “a”, do Estatuto.

recorrer às tradicionais técnicas de investigação desenvolvidas e aplicadas ao longo de décadas pelas polícias, por exemplo, mediante análise de dados, muitos deles de fontes abertas, que podem ser coletados diretamente pela instituição no uso de suas prerrogativas constitucionais. Para fins de análise, e resguardadas as exigências legais quanto ao sigilo de seu conteúdo, esses dados podem ser compartilhados com as instituições parceiras ou submetidos ao corpo técnico do próprio MP. A cooperação se apresenta aqui como um aspecto de alta indagação na medida em que permite uma articulação entre as agências que operam o sistema. Essa articulação há de ser coordenada pelo órgão responsável pela efetividade da atividade investigatória e que, para esse efeito, defendo que seja, sob qualquer regime, o MP. A subordinação funcional, como acontece com determinadas polícias em relação ao MP, ao fim e ao cabo, mais do que uma ferramenta de fiscalização, é um meio de indução à cooperação.

Terminado o inquérito, o Procurador pode chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente. O arquivamento é um ato direto do Procurador, sujeito em algumas situações a intervenção do Juízo de Instrução<sup>10</sup>.

Está-se aqui diante de uma estrutura que me parece extremamente versátil, melhor ajustada à complexidade e dinâmica do tipo de criminalidade que enfrenta. Nele, o MP não é um “atravessador”, e sim, um protagonista, uma agência que ocupa uma posição de centralidade na investigação dos crimes de competência do TPI. Por isso, acredito que o Gabinete do Procurador pode ser compreendido como o protótipo de um MP aperfeiçoado em sua atribuição de persecução criminal, podendo ser aplicado, naquilo que é essencial em termos de matriz principiológica, ao ordenamento jurídico de países cujo sistema de investigação criminal é flagrantemente disfuncional, como o brasileiro. E essa estrutura merece ser posta em perspectiva diante das demandas impulsionadas por novos fenômenos processuais, algo que vem pressionando o MP a se levantar da poltrona e fazer algo para além de investigações próprias em segmentos específicos de criminalidade.

### **3 PONTOS DE PRESSÃO SISTÊMICA SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO**

#### **3.1 A Introdução de Institutos de Justiça Penal Negocial**

Com a introdução de institutos da justiça penal negociada nos ordenamentos nacionais, o que vai bem avançado no Brasil, exige-se mais flexibilidade do MP e mais versatilidade do sistema. Reclama-se maior celeridade dos procedimentos da justiça penal

---

<sup>10</sup> Nos termos do art. 57º, do Estatuto.

para fazer face a uma criminalidade massificada<sup>11</sup> e, ao mesmo tempo, mais eficiência na repressão de um outro perfil de criminalidade, esta de contornos mais sofisticados, organizada e ramificada. Uma criminalidade, portanto, heterogênea, para a qual, como propõe Rodrigues, a resposta não pode ser a da homogeneidade do sistema punitivo<sup>12</sup>. Assim, a solução encontrada por muitos países, nomeadamente naqueles de tradição romano-germânica, aí incluído o Brasil, tem sido a abreviação de determinadas classes de processos judiciais e a entronização de elementos de uma justiça penal negociada. Parece-me que, de alguma maneira, esse diversionismo - como tal entendida a fuga do fluxo-padrão de processamento do caso criminal - desafia o MP a exercer de modo otimizado o controle sistêmico, o que inclui um maior grau de racionalidade na seleção e mais efetividade na apuração dos casos criminais.

No microcosmo do processo penal, observamos atualmente a coexistência de dois grandes sistemas dominantes, e que Schünemann vê como rivais<sup>13</sup>, no mundo ocidental: o continental europeu (romano-germânico) e o anglo-saxão. Ambos possuem cariz democrático, em que o papel do juiz consiste em ser o agente garantidor das liberdades fundamentais do indivíduo em face do Estado. Nos dias que correm, consagra-se uma participação ativa dos sujeitos processuais com vistas a tomada de decisão do agente julgador e a separação de funções, tanto formal quanto material, entre os órgãos de acusação e de julgamento da causa. Por isso, o órgão incumbido da acusação tem alcançado um grau de autonomia cada vez mais elevado, muito embora ainda imbricado, na tradição anglo-saxônica, mas também em países como a França e a Espanha, ao poder executivo. Além disso, os sistemas são informados pelos princípios fundantes do devido processo legal, em sua concepção material de arcabouço normativo estruturado para proporcionar um julgamento justo, e na tradição anglo-saxônica, também da igualdade de armas. É algo que poderíamos chamar, enfim, de um sistema com perfil acusatório.

Entretanto, se a formatação de uma estrutura satisfatória de sistema acusatório sugere uma aproximação desses dois modelos, longe de perfeccionismos que em nada condizem com as lutas dos povos por um sistema capaz de distribuir justiça, o percurso histórico da Grã-Bretanha – e, por conseguinte, dos outros países legatários de sua cultura jurídica - explica a existência de diferenças significativas. O sistema anglo-saxão (Common Law) se identificava fortemente pela tradição da não implicação do Estado

---

11 Santos pontua que, ao binómio consenso-oportunidade, associa-se, com frequência, um terceiro vetor, o da celeridade, que vem ganhando peso autónomo no pensamento político-criminal contemporâneo e que, no direito processual penal português, adquire expressão nomeadamente através da consagração e da progressiva expansão das formas especiais do processo. Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Direito Processual Penal Português em Mudança**, p. 210. Isto também pode ser observado, pelo menos em alguma medida, no direito processual penal brasileiro.

12 Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Celeridade e Eficácia – uma Opção Político-Criminal**, p. 67.

13 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Crisis del Procedimiento Penal? Marcha Triunfal del Procedimiento Penal Americano en el Mundo?**, p. 111.

no exercício da ação penal. A descentralização da administração dos afazeres públicos repercutiu no campo judiciário, de tal modo que o poder político se limitou a fornecer os meios para a arbitragem judiciária dos conflitos. Além disso, a atuação do órgão de acusação vem inspirada no princípio da oportunidade, direcionada por uma pergunta fundamental: O que conseguem provar? Este ponto de partida permite uma mais fácil desafetação do caso criminal ao seu processamento normal perante o tribunal, quer no âmbito da polícia, quer ao nível do MP. Outro aspecto que não se pode olvidar é a importância destacada do *plea bargaining*, como lembra Vasconcellos<sup>14</sup>, a maior referência do que ele chama “justiça criminal negocial”, e entendida como a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*). Tem-se aqui um ajuste quanto a decisão jurídica a ser tomada, de modo que o tribunal funciona como um ponto de *referendum* legitimador do acordo.

Em campo distinto, Caeiro vê uma tendência de confundir o princípio da legalidade com o respeito ou defesa da legalidade e, por outro lado, de colar a etiqueta de “oportunidade” a qualquer instituto, de direito material ou adjetivo, que represente um desvio ao processo penal “normal” ou “típico”. Para ele, tratam-se, num plano lógico, de “lugares inversos”. Ou como explica Silva, o princípio da legalidade tem como contraponto o da oportunidade<sup>15</sup>. Diante disso, ao reconhecer o princípio da legalidade como a regra no processo penal português, Caeiro ressalta que ele é composto por dois deveres que incumbem ao MP enquanto titular da ação penal: o de abrir o inquérito sempre que tenha notícia de um crime – dever de investigar<sup>16</sup>; e o de deduzir acusação sempre que tenha indícios suficientes de que certa pessoa foi o autor do crime – dever de acusar<sup>17</sup>. Por sua vez, identifica o conteúdo do princípio da oportunidade nos casos em que o MP, tendo notícia do crime, possa ainda decidir sobre a dedução da acusação. Assim, para ele, o princípio da oportunidade surge como uma liberdade de apreciação do MP relativamente ao “se” da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres<sup>18</sup>. O MP pode ou não promover o processo em razão do juízo que formule sobre a sua conveniência<sup>19</sup>.

14 Cf. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro, p. 210.

15 Cf. SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Vol. I, p. 72.

16 Nos termos do art. 262º, n.º 2, do CPPP.

17 Consoante o disposto no art. 283º, n.º 1 e 2, do CPPP.

18 Cf. CAEIRO, Pedro. **Legalidade e Oportunidade**: a Perseguição Penal entre o Mito da “Justiça Absoluta” e o Fetiche da “Gestão Eficiente” do Sistema, p. 46.

19 Tampouco convém confundir discricionariedade e oportunidade. A discricionariedade tem que ver com o modo de condução de uma investigação criminal e, em especial, com a avaliação, como dizia o texto legal português, “jurídico-factual” do caso pelo membro do Ministério Público responsável pela tomada de decisão quanto à instauração do inquérito

Nos dizeres de Costa Andrade, o processo penal assenta na tensão dialética entre espaços naturalmente predispostos para soluções de consenso e outros em que as soluções do conflito não conhecem alternativa<sup>20</sup>. Desse modo, parecem bem-postas as coisas para que o princípio da oportunidade possa ter lugar sem aniquilar o compromisso constitucional do MP com a legalidade, o que lamentavelmente pode ser fomentado a partir de uma compreensão enviesada do discurso calcado na necessidade de abandonar-se o *full enforcement* visando conferir mais celeridade à justiça penal.

Ocorre que o direito brasileiro permanece patinando na plataforma ideológica que dá base ao seu processo penal, sem fazer uma opção clara entre a de abandonar a tradição herdada de sua colonização lusitana e também influenciada por outros países continentais europeus, mas que eles próprios tem deixado para trás, consubstanciada numa justiça penal obrigatória, repressiva, completa e fechada, a perfazer aquilo que Rodrigues chama de “discurso estatista da justiça”<sup>21</sup>, ou uma outra consistente em abraçar de uma vez por todas o pragmatismo da cultura anglo-saxônica, na qual se destacam as soluções negociadas do direito norte-americano. A obrigação legal da autoridade policial – e não do MP – de instaurar inquérito policial ou mesmo de lavrar um TCO diante de uma notícia de crime não significa que o BO, em todos os casos avaliados como pertinentes, isto é, em que se percebe a real possibilidade de ter havido um ilícito penal, concretamente dará ensejo a um procedimento investigatório<sup>22</sup>. O *full enforcement* cede diante de contingências várias e dificilmente perscrutáveis, contudo, não por conta do exercício de um juízo de oportunidade a cargo de quem possa fazê-lo.

A tendência hoje perceptível de adoção de diversionismos no fluxo dos processos criminais, como uma estratégia de alívio ao *full enforcement*, encontra em países periféricos como o Brasil o palco de experiências nem sempre exitosas, justamente porque neles por vezes se mantem um alicerce inquisitorial para levantar colunas de arquitetura acusatória. Tratam-se de mudanças incompletas ou desajustadas ao conjunto do texto. Em verdade, o Código de Processo Penal brasileiro já foi explorado em tudo aquilo que sua estrutura normativa podia proporcionar.

As diferenças separam, porém, não dividem. Pode-se dizer que não existe uma es-

---

e dedução de uma acusação em juízo. Ainda, com as decisões de arquivamento e de suspensão provisória do processo. Nas palavras de Silva, é um juízo de subsunção dos fatos à lei. É o espaço de liberdade para a consideração de determinadas opções, fornecidas em nível de inteligência e aplicadas em termos de método investigativo, na tomada de decisão quanto aos rumos dados à investigação. Trata-se de uma das características elementares de qualquer procedimento investigatório e condiz com o controle da investigação em si. Por outro lado, diversamente do que se vê quando exercido um juízo de oportunidade, não se prende diretamente com as diretrizes de política criminal. Cf. SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Vol. I, pp. 72 e 73.

20 Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consenso e Oportunidade: Reflexões a Propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo**, p. 334.

21 Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Celeridade e Eficácia – uma Opção Político-Criminal**, p. 40.

22 É o que determina o art. 5º, do CPPB.

estrutura acusatória ideal, tampouco um sistema judiciário perfeito. A não tão recente tendência de confluência dessas duas correntes em diferentes ordenamentos jurídicos tem trazido novos desafios para os atores da justiça penal e, em particular, para o MP brasileiro, ainda mais gigantescos por causa do CPP em vigor. E diferente do que se vê nos rios Negro e Solimões, as águas desses dois oceanos jurídicos se misturam. O sistema acusatório brasileiro, por exemplo, possui certas especificidades relacionadas à investigação criminal, tornando a tarefa de acimentar uma posição de controle do MP sobre a investigação criminal um tanto mais complexa. Penso que o ANPP é uma demonstração cabal do juízo de oportunidade que se deitou em mãos do MP e que precisa estar vinculado a uma dada política criminal<sup>23</sup>. Mas fica a pergunta: que política criminal, afinal? Ou em outros termos: como formular um juízo de oportunidade no ANPP e outros espaços de consenso sem uma política criminal clara e regularmente estabelecida? Este, portanto, é o primeiro e mais importante ponto de pressão sistêmica que vem atuando sobre o Ministério Público: a expansão da justiça penal negociada. E no entanto, há outros.

### 3.2 A ascensão da Investigação Criminal Defensiva

Outro ponto que vem gerando uma pressão sistêmica é a experimentação da investigação criminal defensiva, já legalmente disciplinada no direito italiano. Pode-se definir a investigação criminal defensiva como a atividade investigatória privada, conduzida durante a investigação preliminar oficial ou o processo criminal para a defesa de interesses do sujeito passivo da persecução penal<sup>24</sup>. Ora, se há uma investigação defensiva em paralelo à oficial, isto exige que o Ministério Público e as polícias atuem com mais eficiência.

Uma eventual reformulação do modelo brasileiro de investigação criminal, com a assunção do Ministério Público de um protagonismo semelhante ao que ele desempenha em outros países, implicará necessariamente na admissão da investigação criminal defensiva como uma atividade destinada a qualificar a fase pré-processual<sup>25</sup>. Afinal,

---

23 É o que se depreende do caput, do art.28-A, do CPPB, ao estabelecer que o Ministério Público poderá propor o acordo “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. E também, quando prevê a submissão da decisão de recusa a um acordo, a pedido do investigado, a uma reanálise pela Chefia da instituição.

24 A investigação criminal defensiva, todavia, não se confunde com a participação do investigado no procedimento investigatório desenvolvido pela polícia judiciária, pelo Ministério Público ou pela primeira sob a direção deste último. Há, convém frisar, uma interseção das duas atividades, consistente na possibilidade de apresentação pelo investigado à autoridade policial ou membro do Ministério Público de elementos de informação e indicativos de fontes de prova produzidos e surgidos por meio ou como resultado de sua investigação criminal defensiva, e que serão anexados aos autos do procedimento investigatório oficial a critério da autoridade condutora. Em tese, a investigação defensiva poderá ser submetida à autoridade estatal responsável pela investigação oficial com vistas a sua incorporação, a critério dessa autoridade.

25 O defensor pode desenvolver a investigação criminal defensiva apenas em paralelo à investigação oficial estatal, seja da polícia judiciária ou do Ministério Público. Esse cabedal de prerrogativas, quando empregado no bojo da investigação

deve-se sempre ter em mente que o fim último de qualquer investigação criminal é a melhor apuração dos fatos, com vistas ao resguardo do direito da coletividade à segurança pública mas também das liberdades fundamentais da vítima e do investigado. Por isso, deve-se orientar e incentivar os membros do Ministério Público a lidar com a investigação criminal defensiva. Na medida em que essa atividade privada se desenvolver, como se tem visto no campo do direito penal econômico, devemos observar uma intensificação da interseção com a investigação criminal oficial.

### **3.3 O Problema dos “Vazamentos” e a Dificuldade de Resguardo do Sigilo nas Investigações**

Acrescento os problemas envolvendo o segredo e a publicidade da investigação criminal. Num sistema em que operam muitas agências, porém, não há um controle adequado sobre seus fluxos, aumentam os episódios de “vazamentos” e toda sorte de transtornos e violações de direitos dos envolvidos na investigação.

A legislação brasileira não disciplina adequadamente a preservação do sigilo em investigações. Na medida em que a transparência se apresenta como um efeito cada vez mais intenso na investigação criminal, em que há uma crescente desconfiança, impulsionada pelo medo e alimentada pelo panóptico digital, na direção da investigação criminal pelas polícias e pelo MP isso se torna algo a demandar um controle mais efetivo do sistema. O desafio se coloca enquanto necessidade de que o MP se encontre em posição sistêmica que lhe permita modular o binômio publicidade/segredo quanto às informações contidas numa investigação criminal sem os riscos de interferência indevida do juiz de instrução, como se vê hoje no direito português, tampouco absolutamente imune a tal intervenção, como se observa no direito brasileiro atual em relação ao PIC.

### **3.4 O Enigma da Figura do Juiz das Garantias**

Principalmente, é preciso mirar a intervenção do juiz como garantidor de direitos fundamentais, numa abordagem em que defendo seu completo afastamento da gerência da investigação e sua reclusão numa posição de garante de sua legalidade. Cavalcanti

---

oficial, não implica a instauração de um verdadeiro contraditório num procedimento que, por sua natureza mesma, é inquisitivo e, portanto, unilateral ou não dialético. Por outro lado, embora se reconheça que essas prerrogativas sejam importantes ferramentas para que o advogado ou Defensor Público possa desenvolver a investigação criminal defensiva, e que há, sim, uma lacuna normativa no disciplinamento dessa atividade, o Conselho Federal da OAB andou muito mal ao emanar o Provimento n.º 188/2018, sob o pretexto de regulamentar “o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais”. O expediente se revela uma evidente extrapolação de competências, uma vez que a OAB, em quaisquer de suas instâncias, como entidade *sui generis* que é, não desfruta do poder de legislar.

assinala que o juiz garante, juiz garantidor, juiz de (ou das) garantias ou juiz das liberdades - e como preferimos denominar, juiz da investigação criminal -, são expressões indistintamente aptas a designar, no Estado Democrático de Direito, o papel do Juiz na garantia dos direitos do acusado na persecução penal, não podendo ficar inerte diante de violações ou ameaças a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Quando chamado a atuar no inquérito policial, o que pode, a meu ver, ser estendido ao PIC, o juiz deve adotar a posição de garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo, direitos estes que se dirigem contra o Estado. A função do juiz, no processo penal, passa a ser a de proteção do indivíduo, em seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva, contra eventuais abusos do Estado, ao mesmo tempo em que, atuando como garante, é legitimador dos atos do Estado-Polícia<sup>26</sup>.

Não tenho dúvida de que, a despeito da pressa desmedida na introdução da figura no direito processual penal brasileiro, agravada pelo seu desencaixe no atual sistema de investigação criminal, o juiz das garantias se constitui um importante avanço na sedimentação de um sistema acusatório em terras brasileiras. Por outro lado, tem-se um instituto que me parece muito sofisticado para uma justiça penal que ainda padece de carências elementares, como a insuficiência de magistrados distribuídos no território nacional.

Se o processo penal brasileiro atualmente se encontra num estágio razoavelmente consolidado de prevalência do princípio acusatório na etapa judicial da persecução penal, na medida em que a ação penal pública é privativa do MP e o juiz da causa tem sido paulatinamente afastado de qualquer ingerência na iniciativa de produção de prova, de outra banda, ainda se constitui uma tarefa nada fácil a de compatibilizar a fase de investigação criminal com esse mesmo princípio acusatório.

O temor quanto à preservação da imparcialidade do juiz prevento para a causa que intervém em algum momento da investigação criminal seria em alguma medida arrefecido se o MP detivesse o controle efetivo do sistema de investigação criminal no Brasil. Assim, a permanência do mesmo juiz da causa para acompanhar a investigação criminal não seria um elemento impeditivo, nem mesmo perturbador. Ocorre que algumas das competências atribuídas ao juiz das garantias e reafirmadas pelo STF parecem seguir em sentido oposto: abrem um flanco para que o juiz das garantias se imiscua na condução da investigação criminal sob o pretexto de controle de sua legalidade. Há, e isto merece ser realçado, excessos no *design* do juiz das garantias dentro do sistema de investigação criminal, agravados pela recente decisão do STF nas quatro ADI sobre a matéria. Enfim, a conjuntura normativa agora existente nos deixa uma preocupação quanto à disposição à mesa dos atores do sistema de investigação criminal e a sua repercussão na efetividade das investigações criminais executadas no Brasil.

---

26 Cf. CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **O Juiz das Garantias na Investigação Preliminar Criminal**, p. 24.

## 4 UM NOVO MODELO É POSSÍVEL

Os fenômenos mencionados no capítulo anterior, que vem arrastados pela conformação cada vez mais negocial da justiça penal, o que resulta em maior relevância da investigação criminal não somente em termos de etapa de um fluxo sistêmico como também sob o horizonte da solução de um caso criminal, pressionam o MP dentro do sistema. Pretendi demonstrar esses pontos de pressão, muito embora sem aprofundar a abordagem, porque, agora, desejo apresentar as linhas gerais de um novo modelo, adaptável aos diferentes ordenamentos processuais. Um modelo mais versátil para dar conta da variedade e complexidade dos casos criminais na contemporaneidade, com vistas a conferir mais racionalidade ao sistema e minimizar a dependência das polícias. Defende-se aqui a ideia de que o MP, na condição de agência operadora e *gate keeper* do sistema de investigação criminal, deve ocupar um lugar de centralidade no sistema de investigação criminal, um posto de controle longe de representar um domínio absoluto ou autoritário, e sim, que significa plena capacidade de gerenciamento.

E diante de um panorama de expansão do sistema punitivo, considero dois pilares fundamentais para um novo regime de controle do sistema de investigação criminal: a gestão informatizada de dados e a formulação de uma legislação especial de política criminal.

### 4.1 Gestão Informatizada de Dados e a Ascensão da Inteligência Artificial

O primeiro pilar é a necessidade de gestão informatizada de dados para direcionamento dos fluxos sistêmicos e dos métodos de investigação, em termos de comunicação entre as agências que operam o sistema, e de emprego das informações na tomada de decisão.

O MP brasileiro, por conta de sua ampla cartela de atribuições constitucionais, é naturalmente uma instituição com elevada produção de dados nos mais variados segmentos de interesse social. Entretanto, vem de poucos anos uma certa preocupação com a necessidade de um melhor tratamento desses dados e, ainda, de se buscar acesso a bancos de dados de outras instituições para fins de compartilhamento e análise numa plataforma conjunta. No atual estágio de desenvolvimento da investigação criminal, percebe-se, de um modo geral, uma baixa qualidade da informação produzida em nível institucional. Inexiste um departamento interno responsável por gerenciar informações de maneira uniforme e promover-lhes o acesso controlado e compartilhamento adequado.

Sem embargo, o ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído nesse terreno, propi-

ciando as condições de partida para que organizações do sistema jurídico-penal como o MP possam avançar. Nesse sentido, a Lei n.º 11419/2006 é um marco importante, porquanto adveio para regradar a informatização do processo judicial<sup>27</sup>. Doravante, todo inquérito policial ou quaisquer outras peças de informação que subsidiem a tomada de decisão quanto a uma acusação formal em juízo devem ser digitalizados para a formação de um processo judicial eletrônico<sup>28</sup>. Há, inclusive, uma disposição, ainda que embrionária, de coleta de dados<sup>29</sup>.

Como o processo judicial passou a ser eletrônico, obviamente o MP se viu na contingência de se adaptar a essa realidade que vem sendo construída ao longo dos últimos anos. A Resolução n.º 147/2016, do CNMP prevê a criação de unidades de governança e de gestão da estratégia institucional, cujas atribuições incluem a de produzir informações de inteligência estratégica para subsidiar a tomada de decisões no âmbito da Instituição<sup>30</sup>. Embora voltado especificamente para o que se pode chamar de política estratégica de atuação, não há, a nosso ver, qualquer óbice para sua aplicabilidade no segmento de investigação criminal. Num outro campo, a Resolução n.º 156/2016, do mesmo CNMP, trata da necessidade de salvaguardar as informações sensíveis ou sigilosas geradas no âmbito do MP, enfrentando a questão como uma política institucional de segurança. De igual maneira, esse cuidado pode alcançar a atividade de investigação criminal. Seja como for, em ambos os casos, esse tratamento de dados será tanto mais eficiente se o MP adquirir equipamentos e adotar ferramentas de *Big Data* para suportar essa nova política de gestão de dados, algo que exige uma grande capacidade de processamento.

Beck qualifica de “poder central digital anônimo” aquele em que, o próprio Estado, em parceria com os empresários digitais, estabeleceu a hegemonia sobre os dados com o objetivo de otimizar seu interesse essencial em segurança nacional e internacional. Em sua análise, o amplo enredamento dos recursos de controle privados e públicos nesse campo significa que não estamos nos movendo na direção de um “Estado mundial”, como muitos previram, mas de um “poder central digital anônimo” que controla o âmbito privado por trás de uma fachada democrática. Para ele, um novo “império digital” está emergindo, baseado em características diferentes daquelas que marcaram os impérios clássicos e sobre as quais ainda não se refletiu a fundo. Ele não se sustenta na violência militar, nem tenta integrar zonas distantes política e culturalmente a seu próprio domínio. No entanto, exerce um controle amplo e intenso, profundo e de vasto alcance

---

27 Em seguida, sobreveio a Resolução n.º 185/2013, do CNJ, que regulamenta de modo mais pormenorizado a matéria no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

28 Veja-se o §1º, do art. 11, da citada lei.

29 Nesse sentido, dispõe o art. 15, da Lei n.º 11419/2006.

30 Nos termos do art. 14, da Resolução n.º 147/2016 do CNMP.

que, em última análise, pressiona qualquer preferência e *déficit* individual a se revelar<sup>31</sup>.

Esse risco precisa ser enfrentado. Para Beck, seria uma catástrofe o controle hegemônico invisível numa escala global. Quanto mais completo e total é o controle global da informação, mais ele desaparece da consciência das pessoas e se torna invisível<sup>32</sup>. É, portanto, um risco à liberdade digital. Em seu lugar, é preciso conceber um modelo, porventura aplicado à justiça penal, em que, ao invés da concentração e monopolização de dados, possa haver um compartilhamento regulado em termos de cooperação. Beck alerta para o fracasso das instituições nacionais que, operando numa lógica nacional, não estão equipadas para a realidade cosmopolita, isto é, respostas baseadas na perspectiva nacional e os instrumentos políticos e legais oferecidos pelas instituições não podem mais atender aos desafios lançados hoje pela sociedade de risco global<sup>33</sup>.

#### 4.2 Balizamentos por meio de uma Lei de Política Criminal

Junto com uma gestão informatizada de dados e produção de informações, vislumbro a indispensabilidade de um atrelamento a uma política criminal regularmente estabelecida. A política criminal elege parâmetros para a tomada de decisões no *input* e no *output* do sistema.

Da mesma forma que o MP não há sempre de se contentar com o produto que lhe é fornecido pela polícia judiciária, tampouco pode incorrer no erro de sentir-se suficientemente à vontade para definir, com base em critérios exclusivos, a seu talante, como organizar a sua atuação no segmento de investigação criminal e, sobretudo, que direção lhe dar. A prerrogativa da independência funcional de seus membros ou a autonomia da instituição não podem ser um empecilho para a concretização de políticas criminais ou uma interpretação absolutamente particular do que é relevante ou importante em termos de reação ao crime. Em contrapartida, no Brasil, há também diretivas (regulamentos) nos órgãos de polícia, onde prevalece uma dada hierarquia funcional, no sentido de determinação de como a polícia deve proceder em determinados casos na apuração de infrações penais. Entretanto, pouco estímulo sistêmico para que se construa e desenvolva um diálogo permanente com o MP.

E no entanto, essa política criminal aplicada à gestão do sistema de investigação criminal carece de nivelamentos. Num plano mais elevado, defendo, primeiro, uma lei geral de diretrizes de atuação das agências que operam a investigação criminal. Diante da preexistência de uma legislação sobre política criminal, sob uma forma um tanto

31 Cf. BECK, Ulrich. *A Metamorfose do Mundo – Novos Conceitos para uma Nova Realidade*, p. 188.

32 Cf. BECK, Ulrich. *A Metamorfose do Mundo – Novos Conceitos para uma Nova Realidade*, p. 185.

33 Cf. BECK, Ulrich. *A Metamorfose do Mundo – Novos Conceitos para uma Nova Realidade*, pp. 188-189.

semelhante à lei-quadro portuguesa, deve vir a lume em certo intervalo de tempo a lei específica de definição de objetivos, eleição de prioridades e disposição de orientações sobre a política criminal. E com base nisto, servindo-lhe como uma verdadeira âncora, o MP passa a estabelecer, dentro de sua esfera de autonomia, o plano de atuação por meio do qual pretende executar os ditames dessa lei. Ao proceder sob tais quadrantes, o MP tem preservado um necessário de grau de autonomia para autogerir-se e, ao mesmo tempo, permanece atrelado a um dever de observância estrita à legalidade, não em termos de exercício da ação penal, aqui mais ou menos reprimida em favor de um juízo de oportunidade, mas de enquadramento de sua atuação na investigação criminal, na medida em que a política criminal posta em prática emana de uma vontade soberana expressa por meio da lei. Todavia, por ora, os planos de atuação no âmbito do MP brasileiro se ressentem da falta desse alicerce legal, sendo extraídos de comandos gerais de sua lei orgânica ou mesmo da Constituição Federal e, por isso, ainda que imbuídos de um propósito honesto, não deixam de representar o que o próprio MP, por meio de seu Conselho Nacional, imagina, supõe, acredita ser um genuíno anseio da sociedade civil.

Num plano inferior, acredito ser uma boa ideia a adoção de planejamentos estratégicos de atuação que estimulem o alinhamento dessas mesmas agências, sob a coordenação do MP, em tópicos mais específicos. Está-se a falar aqui de uma “discricionariedade real”, como definem Figueiredo Dias e Costa Andrade<sup>34</sup>, gerenciada de modo mais democrático e, portanto, capaz de reduzir as desproporcionalidades de representação de toda a gente e de tipos de criminalidade dentro do sistema. Essas duas colunas, a meu ver, não podem ser levantadas em separado. A propósito, Sadek salienta que a instituição se tornou corresponsável por políticas públicas e agente de inclusão social, como decorrência dos textos legais, tanto a Constituição como legislações infraconstitucionais, terem alçado o MP à condição de instituição fundamental do sistema de justiça, cabendo-lhe papel relevante no controle das demais instituições e na defesa da cidadania<sup>35</sup>. Assim, racionalizar sua intervenção na investigação criminal, por meio de um planejamento estratégico, pode contribuir para a consecução de políticas criminais, tanto em termos de prevenção como de investigação criminal, com repercussão em outras políticas públicas – nas áreas de meio ambiente, educação, saúde, proibidade administrativa etc. - para as quais o MP é chamado a funcionar como agente indutor. E não é por outro motivo que o PEN<sup>36</sup> elenca, entre seus objetivos estratégicos, o de assegurar a autonomia funcional, administrativa e financeira do MP e de promover a uniformização

---

34 Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, pp. 386-389.

35 Cf. SADEK, Maria Tereza. *Diagnóstico – Ministério Público dos Estados*, p. 15.

36 Veja-se a Resolução CNMP n.º 147/2016.

de sua atuação sob uma perspectiva de fortalecimento da instituição. Além disso, quanto aos processos internos do próprio CNMP, pretende fomentar práticas inovadoras de gestão, promover a atuação em rede e aprimorar os padrões de desempenho e qualidade na prestação do serviço público. Tudo isso pode e precisa ser irradiado para os ramos do MP brasileiro, alcançando sua atuação na seara da investigação criminal<sup>37</sup>.

### **4.3 Linhas Gerais de um Novo Modelo: Flexibilidade e Versatilidade para uma Melhor Funcionalidade**

Com uma legislação de política criminal multinível e tecnologias capazes de fornecer informações qualificadas às agências de investigação num contexto de cooperação interinstitucional, torna-se possível pensar num novo modelo de gestão do sistema de investigação criminal brasileiro. Nesse novo modelo, o MP centralizará o registro de notícias de crime e deverá decidir, mediante certos critérios, se, ao ter lugar, uma investigação policial poderá correr de três modos: (i) sem sua supervisão; (ii) sob sua supervisão - algo equivalente a direção, ou (iii) se excepcionalmente a instituição conduzirá ela mesma a investigação, por seus próprios meios ou coadjuvada pelas polícias.

Com isso, todas as notícias-crime, mesmo aquelas originariamente encaminhadas à polícia judiciária e, com destaque, mesmo aquelas que parecerem ou manifestamente são infundadas, devem ser canalizadas para o MP, que dessa maneira se torna o órgão encarregado de gerenciar os dados e informações nelas contidos, à semelhança do que ocorre em países como Portugal<sup>38</sup>, onde a direção do procedimento investigatório é do MP, a quem também compete receber as notícias-crime, o que pode ocorrer por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou em forma de denúncia ou queixa<sup>39</sup>. A centralização, que tem que ver com a tomada de decisão sobre o tratamento a ser conferido ao caso criminal, se mostra necessária com foco numa melhor racionalização da seleção de casos, orientada pela política criminal sobre ela incidente

---

37 Por exemplo, o Ministério Público do Estado do Ceará se alinhou às diretrizes do PEN, criando sua própria estrutura de governança, nos termos do Provimento n.º 73/2016, da Procuradoria Geral de Justiça.

38 Nesse sentido, dispõe o art. 248º, do CPPP. Silva assinala que é ao MP que cabe apreciar o fundamento da notícia. Esta obrigatoriedade de transmissão é plena no que respeita às denúncias – termo empregado em Portugal como equivalente a notícia - feitas aos órgãos de polícia criminal que devem ser transmitidas ao MP, incluindo as denúncias anônimas, mas tem de ser interpretada com cuidado relativamente à notícia de fatos que os órgãos de polícia criminal tenham obtido diretamente. Neste caso só devem transmitir a notícia dos fatos quando houver indícios de crime pois se não houver esses indícios não se trata propriamente de uma notícia criminis. Cf. SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português – do Procedimento (Marcha do Processo)*, p. 62. Para esta situação, a polícia investigativa brasileira tem-se servido do que ela chama de VPI - Verificação de Procedência de Informações.

39 Como previsto no art. 241º, do CPPP. A depender de quem toma conhecimento do fato, a denúncia pode ser obrigatória ou facultativa, esta última, aplicável às pessoas do povo, consoante o disposto nos arts. 242º e 244º, do CPPP. A apresentação de queixa ao MP, por sua vez, está disciplinada no art. 49º, do CPPP. Veja-se, principalmente, o art. 53º, n.º 2, alínea “a”, do CPPP.

e tendo em vista o plano estratégico porventura em execução pelo MP. Entendo que a comunicação deve ser sempre imediata, como meio de otimização do controle sistêmico. Eventual descumprimento injustificado da comunicação imediata se resolveria pelos meios administrativos, com intervenção do órgão do MP com atribuição para o gerenciamento das notícias-crime em sua chegada.

No modelo proposto, toda notícia chegada à polícia judiciária deve ser imediatamente comunicada ao MP, sem prejuízo da adoção de certas providências pela polícia judiciária tidas como urgentes, em situações de flagrância delitiva e necessidade de preservação de fontes de prova. É preciso admitir que, no dia-a-dia, estes são os casos mais recorrentes.

Para viabilizar o fluxo, é fundamental que a polícia judiciária esteja integrada a um sistema informatizado gerido pelo MP. Não me parece suficiente que o MP tenha acesso franqueado a um tal sistema que, todavia, esteja sob a administração de outro órgão. Não pode haver controle sem a administração dos meios que permitam o exercício de tal controle. Para além das providências emergenciais tomadas pela autoridade policial, as diligências subsequentes podem guardar algum grau de urgência e, nesse contexto, qualquer demora pode comprometer a continuidade da investigação. Toda notícia registrada na polícia judiciária na forma de BO, ao qual pode muito bem vir apensado um relatório circunstanciado da autoridade policial, contendo informações úteis para a tomada de decisão sobre o caso, deve ser acessado pelo órgão do MP com atribuição para a matéria, a quem caberá tomar a decisão quanto à destinação da notícia que lhe foi trazida.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tudo na vida precisa estar em equilíbrio. A entropia é um processo sistêmico que conduz a um dado equilíbrio. Todavia, no sistema de investigação criminal, esse processo precisa ser administrado pelo MP. É mais do que desejável alcançar uma estabilidade na operação do sistema de investigação criminal. Um equilíbrio certamente dinâmico, de tal modo a permitir que os casos criminais sejam apurados no tempo adequado e que a alocação de recursos se dê de acordo com a sua natureza e as demandas da sociedade, isto é, que o sistema seja capaz de suportar os fluxos dos casos criminais e dar-lhes uma devida resolutividade, com menos congestionamentos, distorções de tramitação e casos inconclusivos, em que a cooperação e integração entre as agências dependa menos de interesses pontuais e se torne uma questão institucional, da estrutura mesma do sistema. Desse modo, acredito que a “crise” da justiça penal possa ao menos ser atenuada, restaurando-lhe algum nível de legitimidade. Não se está em busca de um sistema per-

feito, posto que isto não existe, mas de um sistema de investigação criminal formatado para promover a paz com justiça e verdade em favor das vítimas, dos criminosos e da coletividade e condizente com os desafios da sociedade global do século XXI.

## **CONTROL OF CRIMINAL INVESTIGATION BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE: PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN LAW**

### **ABSTRACT**

The Public Prosecutor's Office is the institution responsible for selecting criminal cases. To achieve this, it is essential to exercise effective control over the output and especially the input of cases into the system. In this sense, based on a study of the investigation structure at the International Criminal Court, the demands for systemic control are analyzed. Therefore, a model is proposed that provides more rationality and flexibility in the management of cases by the Public Prosecutor's Office, which will centralize the recording of crime news and decide whether a police investigation can be carried out without its supervision, under its supervision or whether exceptionally investigation will be conducted itself.

**Keywords:** criminal investigation; criminal justice; Public Prosecutor's Office; system; control.

### **REFERÊNCIAS**

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. *Ebook*. Disponível em: <https://zahar.com.br/livro/medo-liquido>. Acesso em: 21 set 2020.

BECK, Ulrich. **A Metamorfose do Mundo** – Novos Conceitos para uma Nova Realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CAEIRO, Pedro. **Legalidade e Oportunidade: A Perseguição Penal entre o Mito da “Justiça Absoluta” e o Fetiche da “Gestão Eficiente” do Sistema**. Em *Legalidade versus Oportunidade*. Lisboa: SMMP, 2002, pp. 45-61.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O Juiz das Garantias na Investigação Preliminar Criminal. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n.º 12, 2019, pp. 15-40.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consenso e Oportunidade: Reflexões a Propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo**. Em *CEJ. Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina,

1988, pp. 317-358.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia – o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Celeridade e Eficácia: uma Opção Político-Criminal**. Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 39-67.

SADEK, Maria Tereza. **Diagnóstico – Ministério Público dos Estados**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/relatoriosanuais/2006anexo-ii.pdf>. Brasília: CNMP, 2006.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades**. Coimbra: Almedina, 2020.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Vol. I, 5ª ed., Lisboa: Verbo, 2008.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Processual Penal Português – do Procedimento (Marcha do Processo)**. Vol. 3. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Crisis del Procedimiento Penal? Marcha Triunfal del Procedimiento Penal Americano en el Mundo?, **Revista de Derecho Penal**, Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, n.º 11, jun/2000, pp. 111-118.

TRIFFTERER, Otto (ed). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**. 2ª ed., Munique, Oxford, Baden-Baden: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

CONEXÕES VIRTUAIS E LIÇÕES REAIS:  
O SHARENTING E A EXPOSIÇÃO EXCESSIVA  
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE  
NO INSTAGRAM

*VIRTUAL CONNECTIONS AND REAL LESSONS:  
SHARENTING AND THE EXCESSIVE EXPOSURE  
OF CHILDREN AND ADOLESCENTS  
ON INSTAGRAM*



# CONEXÕES VIRTUAIS E LIÇÕES REAIS: O *SHARENTING* E A EXPOSIÇÃO EXCESSIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO INSTAGRAM<sup>1</sup>

*VIRTUAL CONNECTIONS AND REAL LESSONS: SHARENTING  
AND THE EXCESSIVE EXPOSURE OF CHILDREN AND  
ADOLESCENTS ON INSTAGRAM*

Milena Britto Felizola<sup>2</sup>  
Andressa Santiago Levino da Silva<sup>3</sup>  
Maria de Fátima Oliveira Vieira Farias<sup>4</sup>

## RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar a prática do *sharenting*, sob a perspectiva do poder parental, exercido na divulgação de informações e imagens de crianças e adolescentes no Instagram. Portanto, a problemática trata da colisão entre o direito à liberdade de expressão dos pais e a violação à privacidade das pessoas na minoridade na Era Digital. Para tanto, foram apresentados os aspectos históricos, sociais e jurídicos pertinentes ao tema por meio da coleta de dados obtidos pela pesquisa bibliográfica. O estudo visa contribuir para o debate acerca das consequências, a longo prazo, da prática da superexposição infantojuvenil.

**Palavras-chave:** *sharenting*; poder parental; Instagram; liberdade de expressão; Direito à Privacidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O Instagram representa uma plataforma significativa para a divulgação de infor-

---

1 Data de Recebimento: 09/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

2 Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE); Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS); Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora do Centro Universitário FAMETRO (UNIFAMETRO); Advogada e Mediadora; E-mails: mbritto@hotmail.com e milenafulizola@gmail.com. Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4334062255754321>. Orcid: 0000-0002-0035-9502.

3 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Fametro; Advogada; E-mail: andressalevino55@gmail.com; Endereço para acessar currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/3700946137205373>. Orcid: 0009-0003-8979-0538.

4 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Fametro; Advogada; E-mail: fatimaoliveirace31@outlook.com; Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3154110553678395>. Orcid: 0009-0006-6949-3968.

mações e compartilhamento de momentos da vida. Tornou-se uma das mais populares redes sociais utilizada pelos pais para documentar o crescimento de seus filhos e dividir experiências. Cumpre destacar que a exposição visa, não apenas encantar e angariar seguidores, mas também obter lucro por meio de campanhas publicitárias, que empregam as imagens de crianças e de adolescentes. Contudo, essa conduta pode acarretar severas consequências para as pessoas na menoridade, levantando questões significativas sobre privacidade, segurança e o impacto potencial no desenvolvimento infanto-juvenil. Portanto, o problema de pesquisa proposto é: como o poder parental se manifesta na prática do *sharenting*, especificamente na divulgação de informações e imagens de crianças e adolescentes no Instagram, e de que maneira essa prática impacta a privacidade e o desenvolvimento dessas pessoas na Era Digital? Nesse contexto, é imperativo realizar uma análise aprofundada de tal questão contemporânea, examinando os limites do poder familiar no que tange à privacidade e à imagem dos filhos, discutindo os riscos associados à sua superexposição.

Assim, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a prática do *sharenting*, sob a perspectiva do poder parental, exercido na divulgação de informações e imagens de crianças e adolescentes no Instagram. Para tanto, perpassa-se pela execução de objetivos específicos que pretendem: dissertar acerca do poder familiar na publicação de dados e imagens de filhos no Instagram; discorrer sobre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais da criança e do adolescente; bem como, ponderar acerca da colisão entre os direitos de liberdade de expressão dos pais e privacidade dos descendentes. Por fim, almeja-se apontar as dificuldades encontradas em preservar a intimidade de crianças e adolescentes na atual Era de influenciadores digitais.

A metodologia empregada abarca uma abordagem qualitativa destinada a aprofundar a compreensão da problemática em análise. Pretende-se investigar aspectos sociais e jurídicos por meio da coleta de dados fundamentada em pesquisa bibliográfica, que abranje artigos científicos, obras literárias e outras fontes acadêmicas. O foco da pesquisa parte de uma premissa geral sobre o direito à vida privada de crianças e adolescentes e se estende para uma premissa específica: a análise do poder parental no contexto da divulgação de informações sobre os filhos no Instagram. Isso inclui a consideração da liberdade de expressão e suas implicações na violação do direito à privacidade dessas pessoas durante a menoridade.

## **2 IMAGEM E PRIVACIDADE COMO DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

Os direitos da personalidade surgem a partir de conquistas sociais estabelecidas ao

longo de décadas. Consistem em direitos subjetivos, inerentes à condição humana, sendo indispensáveis para uma vida digna. O Código Civil brasileiro destina um capítulo especial para tratar sobre eles, trazendo consigo onze artigos que disciplinam direitos e garantias relacionados à personalidade dos indivíduos, dentre eles o direito ao nome, à imagem e à vida privada. Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos da personalidade, assegurando-os e determinando consequências a quem violar seus preceitos.

Além disso, a Constituição Federal vigente positiva, em seu artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais. No inciso X, preceitua que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2024, p. 38) trazem a definição de direito de imagem como sendo “a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”. Já Anderson Schreiber (2020, p. 145) o conceitua como “o controle que cada pessoa detém da sua representação externa abrangendo qualquer tipo de reprodução de sua imagem ou de sua voz”.

O ordenamento jurídico pátrio protege os indivíduos de todas as idades contra a divulgação não autorizada de sua imagem, seja em propagandas veiculadas na mídia ou no contexto do uso cotidiano, como conversas em aplicativos de mensagens e nas redes sociais. Nesse sentido, o artigo 20 do Código Civil apresenta a seguinte disposição a respeito do tema:

(...) salvo se autorizadas, ou se 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 se destinarem a fins comerciais.

Desse modo, as pessoas têm o direito de proibir o uso e a exposição de sua imagem, caso sintam que sua honra, boa fama ou respeitabilidade tenham sido afetadas. No entanto, Anderson Schreiber (2020, p. 145) afirma que o atual diploma civilista deveria ter tratado o direito de imagem com certa independência, e não conjuntamente com a honra, “deixando de reconhecer autonomia ao direito de imagem”. Isso porque uma análise literal do citado artigo 20 da norma civilista levaria a interpretar que “a proteção da imagem ficaria, assim, dependendo da configuração de uma lesão à honra ou de uma

finalidade comercial do uso da imagem”, contrariamente ao que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias vêm reconhecendo.

De modo geral, as questões referentes ao direito de imagem de adultos, sob o viés da expressão de vontade, não apresentam muitas complexidades. Não obstante, o desafio reside quanto a mesma tutela em relação à crianças e adolescentes, os quais, diante do avanço das tecnologias e da proliferação das redes sociais, passam a ter suas fotos e vídeos veiculados na internet sem possuir total liberdade de escolha. Essa circunstância advém de sua condição de não possuírem plena capacidade, o que confere aos pais e/ou responsáveis legais a incumbência de decidir sobre a divulgação.

Já sobre a vida privada (ou privacidade) na pessoa natural, o artigo 21 do Código Civil preceitua que ela é inviolável, de modo que o magistrado, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a ela. Segundo Morais, a privacidade compreende todas as relações sociais, sendo mais extensa e profunda que a intimidade do indivíduo. O mesmo autor adverte que, com o surgimento das redes sociais, as interações interpessoais estão mais afloradas, ultrapassando, em alguns casos, os limites que visam garantir a manutenção da privacidade de crianças e adolescentes (Santos e Ilário, 2022 *apud* Morais, 2009).

Em consonância com a Carta Magna e o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) possui, em seus capítulos, a determinação de proteção do direito à privacidade das pessoas em desenvolvimento. Nesse sentido, em seu artigo 17, a citada lei protetiva infantojuvenil estabelece que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. Em suma, as crianças e adolescentes contam com um amparo especial de seus direitos, sendo-lhes conferida uma proteção ainda maior do que àquela destinada aos que já atingiram a maioridade.

Nessa perspectiva, o reconhecimento de um direito da personalidade especial, amparado nos princípios da proteção integral e da maior vulnerabilidade, assegura que, em caso de colisão com outros direitos de natureza igualmente absoluta, para a solução do conflito, deve prevalecer o melhor interesse daqueles na menoridade. Nesse sentido, Paulo Afonso Garrido de Paula (2024, p. 104) destaca que, como se trata de pessoa em processo de desenvolvimento, a exposição indevida ou ofensiva pode causar danos permanentes, reclamando maior atenção. O mesmo autor ressalta que o art. 100, parágrafo único, V, do ECA, considera o direito à imagem como elemento integrante do princípio da privacidade, informador das medidas de proteção.

Vale frisar que os tribunais pátrios já apreciaram diversas situações de exposição de crianças e adolescentes por pessoas diferentes dos pais e responsáveis, tendo se posi-

cionado, com certa unanimidade, no sentido da ampla proteção dos direitos de imagem e da privacidade das pessoas em desenvolvimento. Entende-se que o simples uso indevido da imagem de criança, sem autorização dos genitores, – independentemente do cunho vexatório ou do intuito lucrativo – já configura dano extrapatrimonial presumido, situação que dispensaria a prova da existência de prejuízo ou de abalo psicológico.<sup>5</sup> O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, possui entendimento fixado no sentido de que “O uso não autorizado da imagem de menores de idade gera dano moral *in re ipsa*.”<sup>6</sup>

Todavia, as disposições legais não têm sido suficientes para impedir a superexposição infantojuvenil na internet que, muitas vezes, é realizada pelos próprios pais. O que começa como uma simples postagem dos filhos nas redes sociais pode evoluir para um excessivo compartilhamento da imagem de crianças e adolescentes, muitas vezes, sem considerar a vontade do titular, a natureza do conteúdo ou a frequência das publicações. Dessa forma, além de ter aniquilado o direito de decisão sobre a exibição de sua própria imagem, as pessoas na menoridade também perdem a privacidade, que deveria ser resguardada, como determina a lei. Outro aspecto a considerar é que sujeitar os menores a uma constante avaliação externa torna mais difícil enfrentar novos desafios. Expor erros, dificuldades e fracassos à crítica de terceiros curiosos pode inibir a busca por autossuperação. Além do que, sem o acesso à tranquilidade emocional, adquirida em momentos de privacidade, o indivíduo pode vir a perder a capacidade de autoavaliação e de correção dos próprios erros (Branco e Mendes, 2024, p. 140).

Outro ponto a ser debatido refere-se aos filhos de celebridades e os influenciadores digitais mirins, que desde cedo possuem uma exposição digital com altíssimo alcance. A título de exemplo, pode ser citada a situação da Maria Alice, filha de Virgínia Fonseca e José Felipe (em ordem, influenciadora digital e cantor sertanejo), que já tinha mais de cinco milhões de seguidores no Instagram, e altos índices de engajamento com apenas três meses de vida. Além disso, há o caso de Isabel Peres Magdalena, conhecida nas redes sociais como ‘Bel para Meninas’. Atualmente com dezesseis anos de idade, a citada influenciadora começou a produzir conteúdo desde os cinco. No ano de 2020, a jovem sofreu graves ataques e, para além das responsabilidades profissionais, que já possuía, se viu obrigada a lidar com o público, realizando comentários negativos sobre seus pais e sua vida pessoal. Tal situação gerou campanhas de considerável engajamento nas redes sociais, tanto a seu favor quanto contra ela. Outro caso de grande repercussão foi o de Alice Secco, que protagonizou vídeos amplamente compartilhados ao soletrar

---

5 Entendimento proferido pelo TJ-PR; Processo: 0004614-30.2018.8.16.0088 (Guaratuba); Rel.: Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima; Data de Julgamento: 22/06/2020.

6 O repositório denominado ‘Jurisprudência em Tese 136’ se encontra disponível no seguinte sítio eletrônico: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20137%20-%20Dos%20Direitos%20da%20Personalidade%20-%20I.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20137%20-%20Dos%20Direitos%20da%20Personalidade%20-%20I.pdf). Acesso em 14 jun. 2023.

palavras difíceis. Apesar da tenra idade, seu talento lhe rendeu a participação em uma campanha publicitária com a renomada atriz Fernanda Montenegro (Wagner e Veronese, 2022, p. 123), além da possibilidade de apresentar um quadro em um conhecido programa dominical.

É possível destacar, nesses casos, o altíssimo número de visualizações que ditam, diretamente, a quantia percebida pelo influenciador digital, fato que aumenta o incentivo à superexposição. Indubitavelmente, a profissão de *influencer* exige, em prol do sucesso, bastante engajamento do público, representando, assim, um ganho financeiro, direto ou indireto. O foco em obter cada vez mais seguidores e dinheiro, acaba, em algumas situações, fascinando pais e responsáveis e ofuscando os riscos da superexibição dos seus filhos na internet.

### **3 O PODER PARENTAL E OS PERIGOS DA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO INSTAGRAM**

O poder parental refere-se aos direitos e responsabilidades que os pais possuem em relação aos seus filhos. Também conhecida como autoridade parental, é exercida, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, sendo assegurado, a qualquer deles, o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência, como preceitua o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já o artigo 22 do mesmo diploma legislativo dispõe que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Trata-se de parte fundamental da estrutura legal e social que rege como crianças e adolescentes são cuidados, educados e protegidos pelos seus pais ou responsáveis legais. Nesse sentido, os genitores têm a responsabilidade básica de cuidar das necessidades físicas, emocionais e sociais da sua prole. Isso inclui garantir que os descendentes tenham moradia, alimentação adequada, acesso à educação, cuidados médicos e um ambiente seguro e afetivo. Além disso, têm o encargo de proteger a prole de danos físicos e emocionais. Vale frisar que decorre do poder familiar o direito dos pais de tomar decisões em nome dos seus filhos, sempre visando resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse contexto, é relevante destacar que os cuidados que os genitores devem dispensar aos seus descendentes têm evoluído ao longo do tempo. Há cinquenta anos, por exemplo, seria difícil conceber a realidade atual. O desenvolvimento da internet e sua acessibilidade generalizada geraram uma série de transformações no comportamento da sociedade em geral, afetando desde indivíduos até grupos familiares.

A criação das redes sociais, em particular, possibilitou a conexão instantânea de pessoas de diversas regiões do país e do mundo, superando as barreiras geográficas para a comunicação global.

Por conseguinte, no ano de 2010, foi inventado o Instagram, uma das plataformas mais famosas mundialmente, segundo constatou a pesquisa realizada pelas empresas *We Are Social* e da *Meltwater*. De acordo com os dados levantados, ele se consolidou como a terceira rede social mais utilizada no Brasil em 2023, com 113,5 milhões de usuários ativos (Volpato, 2023).

Cumprir destacar que o Instagram oferece aos usuários a possibilidade de compartilhar fotos, vídeos, mensagens e realizar ligações. Em decorrência da facilidade de dividir momentos cotidianos por meio de diferentes formatos de mídia, os pais passaram a postar várias imagens de seus filhos, em diversos momentos, neste aplicativo. A comodidade atrelada a esses compartilhamentos acarreta uma série de consequências, que vão desde a oportunidade de as crianças e adolescentes atuarem em campanhas publicitárias e programas de televisão, até o risco de serem alvos do lado negativo das redes sociais, que pode resultar em *cyberbullying* (modalidade de bullying virtual), ou na exposição de sua imagem em memes (imagens que se tornam virais na internet, muitas vezes com conotações humorísticas). Além disso, ainda podem se tornar alvo de pedófilos, de sequestradores e de ataques físicos, visto que, na ânsia de gerar conteúdo nas redes sociais, muitos pais acabam divulgando informações importantes sobre os filhos, como onde estudam, praticam esportes, ou costumam desfrutar de atividades de lazer (Valkenburg e Peter, 2011, p. 121-127).

Sobre o assunto, cumpre trazer as contribuições de Fernando Eberlin (2017, p. 258):

É interessante notar que, mesmo que não haja, explicitamente, a intenção dos pais de exporem seus filhos ou, ainda, que os pais tentem exercer mecanismos para preservar os dados pessoais dos menores (omitindo o nome, por exemplo), a análise do comportamento dos adultos nas redes sociais pode permitir que terceiros façam inferências a respeito de informações que possam ser associadas a uma criança concreta e específica, tais como localização, idade, aniversário e religião. Basta, para tanto, compartilhar uma recordação de viagem, de festa ou de ida à igreja em que o filho ou a filha esteja acompanhando o pai ou a mãe.

Outro aspecto que se torna relevante com a superexposição de crianças e adolescentes nas redes sociais é a perspectiva de que, no futuro, quando esses jovens atingirem a idade adulta e adquirirem plena capacidade de seus direitos, poderão sentir-se pro-

fundamente constrangidos com a divulgação em massa de sua imagem durante a fase infantojuvenil. Quando se trata da publicação de imagens na internet, é reconhecido que é praticamente impossível reverter completamente a publicidade gerada. Uma vez que um conteúdo é disponibilizado nas redes sociais, é difícil determinar totalmente seu alcance ou a extensão do dano causado, tornando-se irreversível o prejuízo sofrido por crianças e adolescentes.

Assim, é imprescindível o cuidado neste comportamento de expor, de forma desmedida, os filhos nas redes sociais, devendo haver uma análise cautelosa acerca do que deve ou não ser veiculado. Devido ao caráter jovial, principalmente do Instagram (que possui atualmente apenas treze anos de existência), torna-se difícil mensurar todas as consequências que podem advir da superexposição das pessoas em desenvolvimento.

Um questionamento comum que se faz para este tipo de situação é o seguinte: quem lucra com a exposição de crianças e adolescentes? Com certeza, esta é uma pergunta muito relevante diante da crise pela qual passa a sociedade brasileira. É importante considerar que as redes sociais obtêm seu lucro a partir da distribuição de publicidade aos usuários. Contudo, para que essas campanhas atinjam o público-alvo coerente com o produto vendido pela empresa anunciante, faz-se necessário que o Instagram disponibilize dados do seu público, como gênero, idade e endereço.

Ademais, os usuários da plataforma também podem auferir ganhos por meio de campanhas publicitárias, tendo a nova profissão (conhecida como *digital influencer* ou influenciadores digitais) surgido por volta do ano de 2010, e se tornado cada vez mais popular no Brasil e no mundo (Bareta, 2021; *apud* Grego, 2012, p. 21). Face ao seu poder de gerar conexão com determinado público-alvo, os influenciadores alcançam um séquito de seguidores e, desse modo, firmam lucrativos contratos com empresas de publicidade. Visando à monetarização, pais *influencers* passam a expor seus filhos em situações por vezes vexatórias, com a expectativa de muitas visualizações e compartilhamentos.

Vale frisar que alguns genitores chegam a criar uma rede social para o descendente antes mesmo de seu nascimento, inaugurando as publicações com imagens de ultrassom. O Instagram afirma, nos termos de uso, que a idade mínima para cadastro de uma conta é de treze anos. Não obstante, os pais criam contas com informações falsas, com o objetivo de burlar as normas de uso e atender às suas aspirações de divulgar as imagens e vídeos de seus filhos. A referida empresa chegou a fazer algumas atualizações em seu sistema com o intento de evitar que menores de treze anos conseguissem ser cadastrados na rede social, porém tais medidas mostraram-se ineficazes, já que uma gama significativa de crianças com idade inferior à mínima permitida pelo aplicativo continuam conseguindo criar e acessar seus perfis no Instagram.

Inquestionavelmente, o acesso precoce de menores à internet e às redes sociais aumentou de forma significativa durante o período de isolamento social ocasionado pela pandemia de COVID-19. Durante essa conjuntura, as escolas optaram por adotar aulas remotas, ministradas por videochamadas, como medida para mitigar os efeitos negativos da impossibilidade de interação presencial decorrente da crise sanitária global. No entanto, como decorrência, as pessoas em idade jovem passaram a recorrer a ferramentas *online*, incluindo as redes sociais, como meio de manter contato com amigos e familiares. O desafio nessas circunstâncias é encontrar um equilíbrio adequado no uso das ferramentas de interação social.

É importante ressaltar que as mídias sociais também desempenham um papel significativo como forma de entretenimento para crianças e adolescentes, cuja participação resulta em lucros consideráveis. Não é surpreendente que, entre os 10 maiores canais do YouTube no Brasil, cinco sejam direcionados ao público infantil (Beling, 2023). Essa audiência mais jovem contribui para lucros financeiros por meio de suas visualizações e por meio do consumo, uma vez que a publicidade é direcionada a elas.

Em suma, é possível afirmar que, embora os pais detenham a responsabilidade pela criação de seus filhos, o poder parental deve ser exercido de modo coerente e protetivo, a fim de evitar a banalização da exposição da imagem de crianças e adolescentes, priorizando a garantia dos direitos das pessoas em processo de desenvolvimento. Ademais, os genitores devem permanecer vigilantes quanto aos perigos da superexposição da sua prole nas redes sociais, assim como em relação à sua inserção precoce ou ao acesso indiscriminado à internet.

#### **4 O *SHARENTING* E A SUPEREXPOSIÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS REDES SOCIAIS**

Diante do atual cenário digital, surgem novas práticas, nem sempre benéficas, como é o caso do fenômeno conhecido como *sharenting*, que será examinado neste momento. Além disso, ao longo deste tópico, serão abordadas questões relativas à violação do direito de imagem de crianças e adolescentes, os quais têm suas vidas expostas em mídias sociais de grande alcance por parte dos pais e/ou responsáveis legais, sem seu consentimento. Também serão esclarecidos os casos nos quais os pais podem ser considerados civilmente responsáveis pelos danos infligidos aos filhos devido ao *sharenting*, com o intuito de reparar os prejuízos resultantes desse comportamento.

#### 4.1 Conceito e consequências do *sharenting*

*Sharenting* é uma expressão utilizada para descrever a prática do compartilhamento reiterado de informações sobre os filhos nas redes sociais. O termo é formado pela junção de dois vocábulos da língua inglesa: *share* (compartilhar) e *parenting* (que deriva de paternidade, no sentido de exercício do poder familiar). Ela decorre do hábito dos pais de compartilhar diversos momentos da vida de seus filhos, exibindo aspectos cotidianos, incluindo informações sensíveis, fotos e dados íntimos dos descendentes, criando assim um rastro digital que os acompanha ao longo da vida. A problemática relacionada à prática do *sharenting* está associada à falta de limites dos pais e responsáveis em divulgar a rotina de seus filhos, seja em ocasiões especiais (como festas de aniversário), ou em eventos familiares, momentos de lazer, na escola, durante consultas médicas, entre outros, resultando em uma exposição excessiva da imagem da criança e do adolescente.

Diante do complexo cenário atual, que envolve a ponderação entre a liberdade de expressão dos pais e responsáveis e o direito à privacidade das pessoas menores de idade no ambiente virtual, é crucial considerar os interesses das crianças e adolescentes, levando em conta o risco de superexposição e sua potencial insatisfação, que pode se manifestar somente após alcançarem a maturidade. Nesses casos, é necessário adotar medidas que visem reduzir a prática de exposição excessiva (Santos e Ilário, 2022, citado por Eberlin, 2018). Entre as possíveis ações, destacam-se, por exemplo, a avaliação do impacto do compartilhamento da imagem sobre o menor, considerando sua maturidade, ou até mesmo a análise da viabilidade de responsabilização civil dos pais, com o propósito de reparar os danos causados.

Como visto, no ordenamento jurídico vigente é positivada a proteção integral das crianças e dos adolescentes. Neste contexto, é possível estabelecer que, ao praticar o *sharenting*, os pais e responsáveis violam o dever jurídico de garantir a proteção aos direitos de imagem e privacidade de seus filhos, expondo-os a danos e riscos, que podem vir a ser irreparáveis (Nobre e Cohen, 2022, p. 31). Vale frisar que as consequências inerentes à prática do *sharenting* não decorrem, apenas, das publicações realizadas pelos genitores. Elas resultam, também, dos comentários realizados nas publicações de outros usuários, que nem mesmo conhecem as crianças ou adolescentes. Outro fator importante deve-se ao fato de que, na internet, por detrás das telas, escondem-se pessoas com más intenções, que, por sentirem-se protegidas pelo suposto anonimato, perdem o medo e a vergonha de expressar opiniões negativas, maldosas e invasivas. Em certos casos, a foto ou a publicação em questão pode não estar ridicularizando o menor, mas o ataque pode surgir a partir dos comentários associados a ela (Pickler, 2021, p. 43).

Ademais, a prática do *sharenting* expõe crianças e adolescentes nas redes sociais a

qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, o que, como mencionado anteriormente, aumenta o risco de que suas fotos sejam utilizadas para alimentar redes de pornografia infantil. Uma postagem aparentemente inocente de um filho na praia, usando trajes de banho, pode acabar sendo usada em páginas destinadas a pedófilos (Steinberg, 2016, p. 881). Infelizmente, é crucial que pais e responsáveis tenham consciência de que, ao utilizar as redes sociais para compartilhar publicações de seus filhos, os estão expondo a todo tipo de indivíduo. Portanto, é essencial que sigam os preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, que garantem a todos o direito à intimidade, à imagem e à privacidade, conforme estabelecido por lei.

#### **4.2 A violação do direito à imagem da criança e do adolescente pela prática do *sharenting***

Como visto, a imersão das crianças no mundo digital está se tornando cada vez mais comum. Além disso, os pais estão expondo a imagem de seus filhos desde muito cedo, buscando conquistar muitos seguidores. No entanto, esta prática está banalizando o direito à imagem das crianças e adolescentes, o que torna imprescindível uma análise mais apurada acerca do fenômeno do *sharenting*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina, no artigo 15, que: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. Cumpre destacar que o público infantojuvenil tem uma vulnerabilidade duplamente ampliada pelo fato de nascerem numa realidade propícia às novas tecnologias, em que se valoriza a quantidade de visualizações em perfis sociais e o número de curtidas, favorecendo a criação de um ambiente de normalização de compartilhamento de imagem a todo momento e em qualquer lugar.

Logo, alguns países vêm tentando adotar medidas mais severas em repreensão ao *sharenting*. Segundo notícia veiculada pela ISTOÉ Dinheiro, a França quer proibir, por meio de um projeto de lei já em tramitação, a prática de exibir crianças indevidamente e sem sua permissão em redes sociais, principalmente o compartilhamento de fotos e vídeos, podendo se tornar o primeiro país a legislar sobre o assunto. A proposta traz algumas punições aos genitores que expuserem – indevida e excessivamente – seus filhos na internet, sem pensar nas consequências que futuramente possam advir. Uma das medidas adotadas será salvaguardar o valor arrecadado pelos pais, por meio do uso da imagem dos filhos menores. Sobre esse aspecto, o projeto dispõe que o montante adquirido por essas crianças seja destinado para uma conta na qual elas tenham acesso a partir dos 16 anos (Welle, 2023).

Outro ponto do referido projeto de lei francês se refere ao direito ao esquecimento. A legislação proposta permitiria que crianças removessem, posteriormente, suas próprias fotos e vídeos da internet, caso assim o desejassem. O objetivo primordial da norma seria, portanto, proteger as crianças, preservando seu equilíbrio psicológico e resguardando-as de uma exposição indesejada que poderia prejudicar seu desenvolvimento. Dessa forma, a iniciativa da França é fundamental para conscientizar outros países sobre a problemática do *sharenting*, incentivando uma discussão relevante acerca da liberdade de expressão associada ao poder parental, quando confrontada com a violação da privacidade e do direito de imagem de crianças e adolescentes.

Um caso de grande impacto ocorrido no final de 2022 exemplifica um dos evidentes perigos associados ao *sharenting* e envolveu a grife Balenciaga. A empresa lançou uma campanha com a finalidade de promover a venda de uma nova linha batizada de *gift shop*. As fotografias em questão eram protagonizadas por crianças vestidas com a linha infantil da Balenciaga, e foram assinadas pelo renomado fotógrafo Gabriele Galimberti. Os infantes foram fotografados segurando bolsas em formato de ursos de pelúcia, os quais estavam adornados com algemas, coleiras e correntes, acessórios associados à prática de sadomasoquismo (considerado uma psicopatologia e, pelo dicionário, uma perversão sexual que resulta da combinação de sadismo e masoquismo - DICIO, 2021). As imagens desencadearam uma revolta *online*, que ficou conhecida como #BalenciagaGate, por meio da qual a marca foi acusada de apologia à pedofilia e a pornografia infantil. Devido a repercussão negativa, a empresa optou por retratar-se e reconhecer o erro. Além disso, afirmou que tomaria medidas legais contra os responsáveis pela criação da campanha publicitária, chegando a processar a produtora North Six, Inc. e o designer Nicholas Des Jardins por danos irreparáveis à sua reputação (Weber, 2022). Ainda sobre a situação, é importante destacar que as imagens das crianças com itens que fazem apologia ao sadomasoquismo circularam pelas redes sociais, correndo ainda mais risco de parar em sites voltados à pedofilia e pornografia infantil.

### **4.3 A liberdade de expressão dos pais *versus* violação de privacidade da criança e do adolescente**

Inicialmente, cabe ressaltar que o direito à liberdade de expressão é fundamental, especialmente em um país como o Brasil, que enfrentou décadas de ditadura militar. No entanto, em certos casos, o exercício desse direito pode entrar em conflito com outros igualmente essenciais, como é o caso do embate entre a liberdade de expressão e o direito à imagem e à privacidade, observado nos contextos de *sharenting*.

Nesse sentido, é crucial compreender o significado do direito à liberdade de ex-

pressão. Conforme elucida Carlos Frederico Barbosa Bentivegna (2019, p. 80) consiste na “liberdade de manifestação do pensamento e da opinião (aí incluídas as produções do espírito, quer de natureza científica, literária, artística etc.), bem como a liberdade de informação”.

A proteção do direito à privacidade também é de suma importância e é expressamente garantida pela Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, salienta Carlos Frederico Barbosa Bentivegna (2019, p. 73) no excerto a seguir:

Para se garantir a privacidade, abrangente das invioláveis intimidade e vida privada, deve-se protegê-la não apenas no recôndito do recolhimento doméstico, mas em todas as contingências das interações da vida social ou profissional, onde é direito da pessoa manter-se preservada em sua privacidade até o limite de sua escolha pessoal. Cabendo ao titular do Direito à Privacidade delimitar os espaços de sua vida que serão abertos à visitação da curiosidade alheia e aqueles interditados a qualquer penetração, vistoria ou averiguação alheias.

De início, sem uma análise aprofundada das consequências, o *sharenting* pode ser interpretado como uma simples expressão da liberdade de expressão dos pais. No entanto, torna-se evidente que os pais, que praticam o *sharenting*, têm o hábito de violar a privacidade de seus filhos e expô-los a situações constrangedoras na internet. A exposição excessiva da imagem e dos dados pessoais de menores de idade pode representar uma ameaça à integridade, à segurança, à vida privada e ao direito à imagem de crianças e adolescentes, como mencionado anteriormente.

Para Fernando Eberlin (2017, p. 259), o zelo com a privacidade infantojuvenil não deve, necessariamente, implicar em uma proibição absoluta de publicações relativas aos filhos pelos pais. O mencionado autor oferece a seguinte reflexão:

Primeiramente, porque cabe a eles o direito-dever de cuidar dos filhos e decidir o que é mais conveniente para as crianças em termos de vida digital e no seu melhor interesse. Além disso, deve ser considerada a liberdade de expressão dos pais de manifestar os seus próprios momentos ao lado dos filhos, mesmo que isso implique divulgar dados pessoais desses últimos.

Desse modo, o *sharenting* representa meramente a exposição exagerada dos filhos, não abrangendo todo o conteúdo que pode vir a ser gerado pelos pais com a presença e

a participação da sua prole. É crucial ponderar que é possível que os genitores podem não ter a real intenção de lesar o direito de seus descendentes, ou mesmo expô-los de maneira negativa. O que frequentemente ocorre é que eles não compreendem as consequências dessa exposição.

Em poucos anos, a dinâmica da mídia sofreu uma transformação significativa. Atualmente, não existe mais a mesma capacidade de controlar a publicidade e o alcance de informações ou imagens, como era possível em épocas anteriores. Quando os jornais impressos e a televisão eram os principais meios de comunicação, era factível prever com antecedência a abrangência de um determinado conteúdo. Contudo, no cenário atual, com o acesso irrestrito à internet e a disseminação generalizada de dispositivos móveis, o controle da dispersão de um conteúdo específico tornou-se imprevisível.

Outra mudança significativa, que surgiu com a chegada da Era da Internet, é o conceito de ‘direito ao esquecimento’. Anteriormente, uma notícia ou divulgação que expusesse uma criança ou adolescente era prontamente esquecida. Atualmente, os conteúdos *online* têm uma vida útil indefinida, pois, a qualquer momento, um material antigo pode ser ‘ressuscitado’ e tornar-se relevante novamente nas mídias.

Sobre a temática da exposição e fama de crianças e adolescentes, é importante considerar as explanações tecidas por Wagner e Veronese (2022, p. 124):

Não se pode ignorar que a exposição e a fama de crianças e adolescentes são muitas vezes almeçados pelos pais, sobretudo por aqueles que admitem que os filhos sejam figuras públicas enquanto influenciadores digitais mirins, e não se pode desconsiderar todo o impacto que o *sharenting* produz nos filhos. Portanto, os referidos fatores inserem a roupagem de maior e menor gravidade do *sharenting*, que devem ser levados em conta não somente em uma eventual necessidade de ponderação de direitos dos filhos ante a liberdade de expressão dos pais, mas também em uma avaliação da aplicação do direito ao esquecimento – também considerado um direito da personalidade –, à luz do caso concreto, que fundamenta a possibilidade de controle de informações pessoais dos titulares desses dados.

Nesse sentido, é imperativo que os pais atuem como os principais defensores dos direitos de seus filhos, sobretudo quando se trata do direito à privacidade. A Era da Sociedade da Informação possibilita que terceiros acessem e, até mesmo, compartilhem informações pessoais de crianças e adolescentes na internet. É comum, por exemplo, que escolas publiquem a imagem de seus alunos em determinado evento interno ou mesmo em salas de aula, como estratégia para promover a instituição a outros pais e aumentar sua visibilidade.

No Brasil, o acesso à internet em grande parte dos lares é intermediado por celulares. Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC) de 2021, em 99,5% dos domicílios do país, o acesso à internet foi realizado por meio desses dispositivos (Ministério das Comunicações, 2022). Dado que a maioria dos brasileiros possui acesso a um celular, e que os dispositivos modernos estão equipados com câmeras e acesso à internet, as chances de alguém, independentemente da idade, ter sua imagem divulgada *online* sem consentimento aumentam, como ocorre nos casos de memes compartilhados nas redes sociais. Importa salientar que, muitas vezes, o indivíduo cuja imagem foi amplamente compartilhada só toma conhecimento disso após a divulgação já ter ocorrido em larga escala. Assim, as consequências são difíceis de prevenir, especialmente considerando que, uma vez disseminadas na internet, torna-se praticamente impossível removê-las completamente da *World Wide Web*.

As próprias crianças são capazes de expor-se umas às outras, mesmo que sem intenção, gerando conteúdo que pode resultar em danos à privacidade de outras pessoas na menoridade. Além disso, o *cyberbullying* é uma prática que ganhou espaço em meio às redes sociais de crianças e adolescentes. Nesses casos, a limitação à liberdade de expressão poderia ser justificada em prol de estabelecer uma redução da hostilização *online*.

Em relação ao conflito dos direitos à liberdade de expressão e ao direito à privacidade, Carlos Frederico Bentivenga (2019) sustenta que não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma solução plena para tal confronto, de modo a estabelecer uma concordância entre suas práticas. Isso porque, tais direitos encontram limites entre si, não sendo capazes de anular uns aos outros, mas cerceando sua aplicação.

Diante dos acontecimentos mencionados, torna-se evidente que a prática do compartilhamento excessivo de informações sobre os filhos, conhecida como *sharenting*, resulta em um conflito entre o direito dos pais à liberdade de expressão para compartilhar imagens e dados de seus filhos nas redes sociais e o direito à privacidade dos próprios descendentes. Nesse contexto, torna-se imperativo que o Estado intervenha com o propósito de proteger os indivíduos mais vulneráveis, especialmente os menores de idade, mesmo que essa intervenção acarrete uma restrição parcial ao direito de expressão dos pais ou responsáveis.

#### **4.4 A responsabilidade civil dos pais e dos responsáveis legais nos casos de *sharenting***

Na conjuntura social contemporânea, verifica-se uma frequente exposição da própria imagem, fenômeno conhecido como ‘extimidade’, sobretudo na esfera virtual, por

meio das redes sociais. Nesse contexto, é possível inferir que o *sharenting* representa, em certa medida, uma manifestação de extimidade. Contudo, nos casos de *sharenting*, a exposição recai sobre a vida familiar e os filhos. A problemática subjacente a esse cenário reside no fato de que, frequentemente, os pais promovem tal exposição sem o consentimento dos filhos, assim sobrepujando o direito destes últimos à regulação de sua própria intimidade (Bolesina, 2020, p. 208-229).

É importante considerar que as relações de privacidade, principalmente as de cunho íntimo, são regidas pelo princípio da exclusividade que “consiste no poder unilateral e discricionário de decidir o que comporá ou não a intimidade pessoal, de modo a determinar a faculdade de exclusão e de inclusão daquilo que não se quer no âmbito íntimo” (Arendt, 1959, p. 52-53; Cachapuz, 2006, p. 122-129; *apud* Bolesina, 2020, p. 208-229).

Nos casos de *sharenting*, é recorrente surgir o argumento da boa intenção dos responsáveis, os quais almejam tão somente compartilhar momentos, ainda que íntimos, nas redes sociais, prática amplamente difundida na contemporaneidade. Trata-se, muitas vezes, de uma atitude quase instintiva de pais orgulhosos, que desejam apresentar ao mundo seus filhos excepcionais. Outro argumento frequentemente evocado é o caráter lucrativo da atividade e a suposta destinação dos rendimentos em prol dos filhos, visando proporcionar-lhes uma qualidade de vida superior. Não obstante o aparente caráter inofensivo dessas ações, a exposição da imagem e de outros dados pessoais da prole pode acarretar danos significativos a estes, conforme já discutido.

Dado que o *sharenting* representa um fenômeno de considerável atualidade, é plausível afirmar que todas as dimensões e implicações do compartilhamento de imagens e dados de crianças e adolescentes não podem ser precisamente determinadas. Ademais, é crucial considerar o inegável conflito de interesses, uma vez que, em alguns casos, a exposição resulta em benefícios financeiros para os pais, às custas de danos substanciais para os menores (Steinberg, 2016, p. 883).

A conceituação de responsabilidade civil, conforme delineada pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2024, p. 22), estabelece que: “É a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato, de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal”. A partir da definição transcrita, é possível inferir que os pais podem ser responsabilizados civilmente pelo *sharenting*, considerando que tal conduta resulta em danos para os filhos. Nesse contexto, os pais poderiam incorrer no art. 187 do Código Civil, que aborda casos de abuso de direitos. Tratando-se de um ilícito, tal ato prescinde de culpa, independentemente da intencionalidade da conduta. Neste cenário, seria crucial determinar se o comportamento dos pais causou algum tipo de dano aos filhos para fundamentar a responsabilidade civil.

Considerando o exposto, diante da constatação do abuso de direito perpetrado pelos pais por meio do *sharenting*, ocasionando danos à vida dos filhos, emerge a necessidade de intervenção visando à proteção dos direitos infantojuvenis. Surge, inclusive, a possibilidade de judicialização, afetando o exercício do poder familiar e culminando na responsabilização civil dos pais, visando cessar a ilicitude dos fatos e reparar os danos causados. Nesse caso, torna-se imperativa a atuação do Ministério Público, cuja incumbência é preservar os direitos dos incapazes.

Cumprе destacar que o *Parquet* desempenha um papel crucial na sensibilização, fiscalização e proteção dos direitos das crianças e adolescentes frente ao *sharenting*. Sua intervenção visa equilibrar o direito à liberdade de expressão dos pais com a necessidade de proteger a privacidade e a segurança das pessoas em desenvolvimento nas plataformas *online*. O órgão ministerial, portanto, desempenha um papel vital na educação e conscientização, podendo promover campanhas informativas aos pais e responsáveis sobre os riscos da superexposição de menores, incentivando práticas mais seguras. Além disso, torna-se indispensável nas ações de fiscalização e investigação, quando houver casos de *sharenting*, que pareçam ameaçar o bem-estar das crianças e adolescentes. Ademais, no âmbito da autocomposição, pode mediar acordos entre pais e responsáveis no que tange ao compartilhamento de informações sobre incapazes, estabelecendo diretrizes para um uso mais responsável. Pode, ainda, pleitear por mudanças nas leis e regulamentos relacionados à proteção da imagem e privacidade de crianças e adolescentes na Era Digital.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve início com a indagação sobre o frequente compartilhamento de dados em plataformas de redes sociais, como o Instagram, incluindo informações e fotos de crianças e adolescentes, sem seu devido consentimento. Tal divulgação pode acarretar consequências adversas para aqueles em desenvolvimento, os quais, antes de atingirem a plena capacidade civil e total consciência de suas escolhas, enfrentam sua superexposição, além da violação de seu direito à privacidade.

O direito de imagem dos adultos não apresenta problemas significativos, uma vez que estes possuem maturidade para expressar sua vontade. No entanto, no que tange ao direito dos incapazes, sua idade os torna dependentes dos pais ou responsáveis para decisões relacionadas à divulgação de sua imagem. Outra análise realizada refere-se ao conflito entre o direito à liberdade de expressão dos pais e o direito à privacidade dos filhos.

Diante das considerações expostas, foi reconhecida a necessidade de preservar os di-

reitos das crianças e dos adolescentes, garantindo-lhes a liberdade de escolha no que diz respeito ao compartilhamento e divulgação de sua imagem, visando proporcionar-lhes um certo controle sobre sua própria pessoa e seus dados. Portanto, os pais e responsáveis devem assegurar a proteção desses direitos, e não serem os agentes que os violam. Assim, apesar dos interesses econômicos associados à publicidade e à exposição da imagem dos filhos, a prioridade deve ser sempre a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, que deve sobressair sobre a liberdade de expressão dos pais e seus interesses econômicos.

Os estudos apresentados neste trabalho destacam a necessidade de reflexão sobre o fenômeno do *sharenting*, questionando seus riscos não apenas físicos, mas também psicológicos e sociais. Além disso, os responsáveis pela rede social Instagram devem investir em formas de restringir o acesso de pessoas menores de idade com o fito de protegê-las, buscando atualizar seu software para reduzir a distribuição de conteúdo que exponha os dados de crianças e adolescentes.

Num futuro próximo, devido à maneira como os pais compartilham informações de seus filhos e à crescente prática do *sharenting*, é plausível antecipar um aumento no número de processos movidos por filhos menores contra seus pais, buscando reparação pelos danos causados e imputação de responsabilidade civil aos pais.

Em resumo, com base nas informações apresentadas, conclui-se que os resultados negativos decorrentes da prática do *sharenting* impactam diretamente as crianças e os adolescentes, infringindo seus direitos, prejudicando a formação de sua identidade e expondo-os à opinião pública, muitas vezes desfavorável. Diante disso, é imperativo estabelecer medidas jurídicas que busquem conter os impulsos parentais em compartilhar dados de seus descendentes, inclusive limitando, se necessário, sua liberdade de expressão, a fim de preservar os direitos dos filhos.

## **VIRTUAL CONNECTIONS AND REAL LESSONS: SHARENTING AND THE EXCESSIVE EXPOSURE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ON INSTAGRAM**

### **ABSTRACT**

The article aims to analyze the practice of sharenting, from the perspective of parental power, exercised in the disclosure of information and images of children and adolescents on Instagram. Therefore, the issue deals with the collision between the parental right of expression and the violation of people's privacy in childhood and adolescence in the Digital Age. Thus, historical, social, and legal aspects related to the topic were

presented, through data collection obtained by bibliographical research. The study aims to contribute to the debate on the long-term consequences of the practice of infant and adolescent overexposure.

**Keywords:** sharenting; parental power; Instagram; freedom of expression; right to privacy.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [S. l.], 4 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. [S. l.], 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. **Ministério das Comunicações**. Celular segue como aparelho mais utilizado para acesso à internet no Brasil. Gov.br, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2022/setembro/celular-segue-como-aparelho-mais-utilizado-para-acesso-a-internet-no-brasil>. Acesso em: 04 mai. 2023.

BARETA, Gabriela Pacheco de Freitas. **E aí, galerinha? Relação das crianças com a publicidade realizada por influenciadores digitais no Instagram**. UFRGS, 2021. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/233264/001134870.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2023.

BELING, Fernanda. **Os 10 maiores canais do Youtube**. Oficina da Net, 2023. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/13911-os-10-maiores-canais-do-youtube>. Acesso em: 13 mai. 2023.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Baurueri: Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BOLESINA, Iuri *et al.* A responsabilidade civil por *sharenting*. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 27, p. 208-229, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. (Série IDP). São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. ISBN 9786553629417.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**, v.7. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621392. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621392/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting. Liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 07, nº 03, p. 255 – 273, 2017. Disponível em: [\\_https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/xml](https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/xml). Acesso em: 24 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. Ver. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*. ISBN 9788553620210. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620210/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

INSTAGRAM. **Como ajudar filhos adolescentes a navegar pelo Instagram com segurança**. Instagram, 2023. Disponível em: [\\_https://about.instagram.com/pt-br/community/parents](https://about.instagram.com/pt-br/community/parents). Acesso em: 23 abr. 2023.

NOBRE, Jhonyson Henrique Dias; COHEN, Ana Carolina Trindade Soares. **A responsabilidade civil dos pais acerca dos danos causados aos filhos menores em decorrência da exposição às mídias sociais**. Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-ALAGOAS, v. 7, n. 2, p. 31-31, 2022.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Cortez, 2024. *E-book*. ISBN 9786555554250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555554250/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

PICKLER, Carolina de Moraes. **Sharenting e a violação de direitos fundamentais da criança e do adolescente: entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade**. Orientadora: Luciana Faisca Nahas. 2021. 67 f. TCC (Graduação) – Curso de Graduação em Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: [\\_https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/19623](https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/19623). Acesso em: 10 mai. 2023.

RIBEIRO, Débora. **Sadomasoquismo**. Dicio - Dicionário Online de Português. Disponível em: [\\_https://www.dicio.com.br/sadomasoquismo/](https://www.dicio.com.br/sadomasoquismo/). Acesso em: 10 mai. 2023.

SANTOS, Katarina Baia dos; ILÁRIO, Camila Rodrigues. Sharenting: a violação do direito ao respeito da criança e do adolescente mediante a exposição excessiva realizada pelos pais no meio digital. **Revista Científica Multidisciplinar do CEAP**, v. 4, n. 1, p. 8-8, 2022. Disponível em: <http://periodicos.ceap.br/index.php/rcmc/article/>

view/156/94. Acesso em: 31 mai. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

SCHMITZ, Taynara Stefani; HALMENSCHLAGER, Thalia. O fenômeno do *sharenting*: uma análise acerca da violação dos direitos personalíssimos dos filhos, diante da liberdade de expressão e poder familiar dos pais. **Revista Unitas**, n. 7, p. 106-120, 2022.

STEINBERG, Stacey B. **Sharenting: Children's privacy in the age of social media**. Emory LJ, v. 66, p. 883, 2016.

VALKENBURG, Patti M.; PETER, Jochen. Comunicação online entre adolescentes: um modelo integrado de sua atração, oportunidades e riscos. **Revista de Saúde do Adolescente**. v. 48, n. 2, pág. 121-127, 2011. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1054139X1000426X>. Acesso em: 22 abr. 2023.

VOLPATO, Bruno. **Ranking: as redes sociais mais usadas no Brasil e no mundo em 2023, com insights, ferramentas e materiais**. Resultados digitais, 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/iPS19>. Acesso em: 23 abr. 2023.

WAGNER, Bianca Louise; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Sharenting, imperioso falar em direito ao esquecimento**. Caruaru-PE: Ascés, 2022.

WEBER, Beta. **Entenda a polêmica da Balenciaga**. Steal The Look, 2022. Disponível em: <https://stealthelook.com.br/entenda-a-polemica-da-balenciaga/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

WELLE, Deutsche. França quer proibir pais de postar fotos dos filhos nas redes sociais. **Isto é Dinheiro**, 2023. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/franca-quer-proibir-pais-de-postar-fotos-dos-filhos-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 02 abr. 2023.



LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE  
ÓDIO: LIMITES NAS REDES SOCIAIS

*FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH:  
LIMITS ON SOCIAL NETWORKS*



# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: LIMITES NAS REDES SOCIAIS<sup>1</sup>

*FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH:  
LIMITS ON SOCIAL NETWORKS*

*Morgana Torres Pereira<sup>2</sup>*

## RESUMO

Neste trabalho foi abordado o tema dos limites à liberdade de expressão dos haters nas redes sociais. O objetivo geral foi o de realizar uma análise crítica acerca dos limites à liberdade de expressão dos *haters* nas redes sociais. Examinou-se o conceito do termo *hater*, de modo a esclarecer seu comportamento em face de pessoas vulneráveis nas redes sociais por meio da Psicologia. Em seguida, analisou-se as leis que regulam o espaço na internet e verificou-se quais dentre os projetos de lei existentes no Legislativo, a respeito da criminalização do discurso de ódio nas redes sociais, melhor se adequa para a responsabilização dos *haters*. Ao final, analisou-se os limites à liberdade de expressão dos haters, a partir da análise de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988, abordando-se o conceito de liberdade de expressão e as normas que regulamentam esse exercício e constatando se os limites da liberdade de expressão no meio virtual são os mesmos do meio físico. Para a compreensão do presente trabalho, a metodologia utilizada foi a de cunho bibliográfico e documental. Quanto à utilização do resultado, a pesquisa foi pura, exploratória e descritiva. Quanto à abordagem a pesquisa é qualitativa, enfatizando a compreensão e a interpretação do tema. Conclui-se que se faz necessário haver um maior aprofundamento sobre a presente pesquisa, pelo fato de ser um dos assuntos que tem causado vários conflitos na sociedade.

**Palavras-chave:** liberdade de expressão; limites; *haters*; redes sociais; pessoas vulneráveis.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 22/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Advogada Licenciada, Técnica Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará, bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito e Processo Penal e Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza, e-mail [morganatorresp@gmail.com](mailto:morganatorresp@gmail.com), currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/3344101462025012>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0116-035X>.

## 1 INTRODUÇÃO

A internet, e em específico, as redes sociais possibilitaram uma maior interligação de pessoas de diferentes partes do mundo, buscando, por meio das plataformas digitais de comunicação, a exemplo do Facebook, Instagram, Twitter e aplicativo de mensagens instantâneas como Whatsapp e Telegram, uma interação social de forma facilitada entre os indivíduos.

Contudo, com o acesso generalizado da internet pelas pessoas, estas assumiram uma postura mais ativa no meio comunicacional, saindo da posição de meros receptores da informação para criadores de conteúdos digitais, com publicações em texto, *lives* e vídeos, os quais podem ser divulgados nas redes sociais de forma instantânea e com uma alta velocidade de propagação, de modo a alcançar vários usuários em um curto espaço de tempo.

Em se tratando de ambientes em que há a reunião de opiniões, posicionamentos e ideologias das mais diversas, indubitavelmente, cria-se um conflito social nas redes, ocasionado pelo choque de ideias e pensamentos de indivíduos que não compartilham exatamente dos mesmos ideais, gerando a propagação de violência e discursos de ódio (*hate speech*), que são justificados de forma errônea pelo direito à liberdade de expressão, que consiste no direito de manifestar uma opinião pessoal ou coletiva sem medo de represálias, ou seja, possibilita a cada pessoa a sua livre manifestação do pensamento sem restrições, dando a elas a falsa percepção de que as redes sociais são um espaço intocável pelas normas jurídicas.

Com essa aparente liberalidade, os discursos de ódio nas redes sociais foram intensificados nos últimos anos por jovens intitulados de *haters*, em que estes usualmente comentam, postam ou publicam mensagens ou conteúdos sem qualquer ponderação de limites, chegando a agredir, discriminar e incitar a violência e o ódio contra os demais usuários da internet em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião.

Com isso, é necessário realizar uma análise crítica acerca dos limites a liberdade de expressão dos *haters* nas redes sociais em razão da veiculação de mensagens violentas e discriminatórias na contemporaneidade que atingem os indivíduos e, notadamente, os grupos mais vulneráveis.

Como objetivo geral, realizar uma análise crítica acerca dos limites a liberdade de expressão dos *haters* nas redes sociais. Os objetivos específicos são: analisar sob o ponto de vista psicológico se há alguma influência do comportamento do *haters* em suas ações; verificar se há alguma legislação específica voltada a combater os discursos de ódio; identificar se os limites a liberdade de expressão no meio físico são os mesmos utilizados no meio virtual.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica. Em se tratando da tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, é pura, em razão de sua única finalidade consistir na ampliação dos conhecimentos, proporcionando, assim, uma nova posição acerca do assunto. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a obtenção de dados descritivos mediante contato direto ou interativo com a situação de estudo, buscando entender tais fenômenos segundo a perspectiva do ordenamento jurídico. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, posto que buscou definir, explicar e esclarecer o problema apresentado, analisando os fenômenos sem manipulá-los, e exploratória, objetivando aperfeiçoar as ideias, buscando maiores informações sobre o tema.

O presente trabalho está dividido em três tópicos centrais. No primeiro, apresenta-se o conceito de *hater*, procurando delimitá-lo no campo jurídico, de modo a esclarecer seu comportamento discriminatório e violento em face de pessoas vulneráveis nas redes sociais. Examina-se o comportamento dele perante a Psicologia, a partir das teorias dos psicólogos Sigmund Freud e Carl Jung.

No segundo item observa-se o monitoramento e regulamentação jurídica do *hater* na internet, pretendendo-se analisar as leis que regulam o espaço na internet, buscando responder ao seguinte questionamento: As redes sociais são uma terra sem lei?. Analisa-se em seguida os projetos de lei existentes no Legislativo a respeito da criminalização do discurso de ódio nas redes sociais, e qual deles melhor se adequa para a responsabilização dos *haters*.

No terceiro item analisa-se os limites a liberdade de expressão do *hater*, a partir da análise de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988. Inicialmente abordará o conceito de liberdade de expressão e as normas que regulamentam esse exercício. Por fim, o enlace operará na constatação se os limites da liberdade de expressão no meio virtual são os mesmos do meio físico.

O ponto principal desse trabalho é, pois, verificar se há limites na liberdade de expressão dos *haters* nas mídias sociais, de modo a demonstrar que nenhum direito fundamental é absoluto, analisando até que ponto chega a garantia constitucional dele na internet ao expressar sua opinião sem ofender o outro.

## **2 HATER**

Neste capítulo, pretende-se examinar o conceito do termo *hater*, de modo a esclarecer seu comportamento discriminatório e violento em face de pessoas vulneráveis nas redes sociais, e analisar o comportamento dele perante a psicologia, a partir das teorias dos psicólogos Sigmund Freud e Carl Jung.

## 2.1 Conceito

As redes sociais, atualmente, são espaços amplos, que permitem a qualquer de seus usuários a possibilidade de manifestar seus pensamentos com muita liberdade, trazendo inúmeros benefícios, como a produção de conteúdo e a difusão de informações relevantes para a sociedade em tempo ágil. Porém, além desses benefícios, existem figuras como as dos *haters* nas redes sociais, que, em uma tradução literal, significa “odiadores” ou “aborrecedores”.

O referido termo é utilizado para designar pessoas que se utilizam dos aplicativos de comunicação como ferramenta principal para a prática de violência virtual contra os usuários, notadamente, pessoas vulneráveis, a exemplo da população LGBTQIA+ e negros, discriminando os e propagando o ódio nas redes sociais, mascarando as suas identidades através de perfis falsos, valendo-se essas pessoas do anonimato que as plataformas lhe proporcionam, tendo os agressores a falsa sensação de impunidade, como se as redes sociais não tivessem nenhuma lei regulamentando o espaço e punindo tais atitudes.

A este respeito acrescenta Tatiana Stroppa e Walter Claudius Rothenburg(2015, p. 10), que em relação ao comportamento dos *haters*, “cada vez mais as redes sociais concentram conteúdos contendo discursos do ódio voltados deliberadamente a incitar a discriminação e o tratamento degradante a determinados grupos sociais com conteúdos racistas, homofóbicos, xenofóbicos e intolerantes com determinadas religiões e com pessoas com deficiência”.

O discurso de ódio (*hate speech*) ocorre quando um indivíduo não compartilha do mesmo pensamento de outro, não sendo aceito e tolerado por ele, surgindo, a parte daí o conflito. Diante de uma publicação de uma notícia que causa polêmica, por exemplo, muitos indivíduos são levados a opinar sobre ela, adotando, na maioria das vezes, comportamentos explosivos e agressivos, contribuindo para um sentimento negativo nos usuários das redes sociais, e em virtude do imediatismo que as mesmas proporcionam, tais atitudes eliminam a reflexão na pessoa que irá compartilhar ou comentar a publicação.

Os *haters*, apesar de não serem aceitos na sociedade moderna, estão encontrando um espaço para se consolidar, autoafirmar e viralizar os seus discursos violentos e as suas identidades, construindo um perfil social capaz de disseminar ou dar visibilidade aos seus posicionamentos. Em particular, usuários jovens são os principais alvos de *haters*, já que representam um grupo mais suscetível de serem manipulados por ideias e posicionamentos semelhantes aos seus.

Partindo da premissa de que no ambiente virtual não há um contato físico, os

*haters* se sentem encorajados em expressar suas opiniões, sem qualquer ponderação de limites, recebendo aplausos de seus amigos e seguidores, e sentindo-se, de certa forma, validados por eles, sendo as plataformas virtuais uma espécie de instrumentos de validação das pessoas, através do número de “likes” que as mesmas recebem nas suas publicações.

De acordo com o psicanalista Contardo Calligaris (apud PEREIRA, 2017), “na sociedade contemporânea, você não vale os seus diplomas ou nem mesmo o que é a sua história - o que importa é quem e quantos gostam de você. Assim é o funcionamento da sociedade contemporânea, gostemos dele ou não”.

Os sites de redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter permitem que os seus usuários construam um perfil ou página pessoal, possibilitando a interação social através dos comentários, expondo-os de forma pública, sendo o referido recurso um meio propício para propagar a intolerância e o radicalismo, posto que diariamente, a partir de polêmicas e debates, os usuários das redes são tomados por uma fúria cega em face de toda e qualquer opinião diferente que alguém expõe.

## **2.2 Análise do comportamento do hater em Freud e Jung**

As redes sociais tornaram-se populares na contemporaneidade por possibilitarem uma maior interação social entre os seus usuários, emergindo a cada dia um grande número de indivíduos e de conteúdo por eles produzido, sendo uma fonte principal de informação para empresas e pesquisadores, bem como para cientistas sociais, em especial, psicólogos.

Esses profissionais estudam o comportamento humano a partir de um contexto social e das dinâmicas interacionais em que estão inseridos, e um aspecto analisado por eles é a opinião dos usuários de uma rede social, que tem o poder de influenciar o comportamento de outros usuários, uma vez que frequentemente estes tendem a se relacionar com outros que compartilham dos mesmos interesses, formando uma espécie de identidade coletiva, causadora, na maioria das vezes, de conflitos sociais, envolvendo grupos de ódio (*haters*), em razão da propagação de mensagens de ódio, com vistas a recrutar novos membros e ameaçar usuários desse meio virtual.

Segundo Amaral e Coimbra (2015), os *haters* são pessoas que expressam seus pensamentos através de um comportamento de ódio nas redes sociais, que não aceitam um diálogo aberto e construtivo, tecendo somente críticas negativas ao outro, não respeitando o seu pensamento divergente, com o fim de chamar a atenção e ser temido e ouvido, e com o surgimento das redes sociais, os *haters* ganharam voz e visibilidade.

Pela perspectiva psicanalítica, esse sentimento de ódio que os *haters* expressam en-

volve aspectos próprios que eles não identificam como seus, apontando características no outro que consideram intoleráveis, contudo de forma inconsciente, projetivamente, eles falam de si, ou seja, muitas vezes essas pessoas estão insatisfeitas consigo mesmas e acabam extravasando no outro a sua insatisfação pessoal, projetando questões mal resolvidas dentro deles e que não conseguem lidar, com vistas a se sentirem melhores. O objetivo dessas pessoas é desestabilizar as outras, diminuindo, humilhando e menosprezando elas para que se sintam bem consigo mesmas, situação que não é resolvida por eles, seja por sua baixa autoestima ou insegurança.

Segundo o psicanalista Sigmund Freud (2016) em sua obra “As neuropsicoses de defesa” a projeção é mecanismo de defesa do ego, em que este é uma maneira que os indivíduos encontram para lidar com coisas que causam um sofrimento, ou para se protegerem, de forma inconsciente. Já a projeção é uma situação na qual um indivíduo transfere ao outro tudo aquilo que está dentro do seu interior, como qualidades e defeitos que lhes são próprios, ou seja, ele projeta para o outro aspectos particulares que enxerga no mundo exterior com o fim ter uma solução para o conflito interno que apresenta, seja ele uma ansiedade, impulsos agressivos, ressentimento ou frustrações.

Como exemplo do referido mecanismo de defesa temos a situação de um indivíduo, que por estar insatisfeito com seu próprio corpo, passa a xingar e depreciar outros nas mídias sociais pela aparência física que possuem, de modo que o outro acaba funcionando como um espelho, onde aquele é confrontado com aquilo que tenta esconder, sendo a sua reação mais comum a recusa ou desconforto gerado por esse reflexo.

A partir do crescente avanço dos discursos de ódio nas redes sociais percebe-se que os seus usuários tecem mais críticas do que elogios nos outros, e a medida que aqueles estão mais frágeis, falar mal destes parece ser uma boa estratégia de defesa para lidar com as próprias dificuldades. Como dizia o psicanalista Sigmund Freud: “quando Pedro me fala sobre Paulo, sei mais de Pedro que de Paulo”, conforme o teórico ao falarmos do outro existe algo de nos naquilo, contudo nem sempre temos a capacidade de compreender isso.

Apesar de o *hater* ter suas opiniões comumente relacionadas com discurso de ódio, segundo a perspectiva do estudo da projeção feita por Freud, referido indivíduo não odeia o outro, mas sim transfere as suas frustrações, defeitos para o outro, como uma de lidar com esses problemas, sentindo-se bem com essa atitude.

Nessa mesma linha de pensamento, outro teórico da psicologia, Carl Jung, preleciona que todos nós temos sombras, “coisas negativas que temos dificuldade em admitir até para nós mesmos. Assim, é comum tentar negá-los e escondê-los. Por vezes nos deparamos com alguém que carrega traços semelhantes aos que tanto tentamos ocultar e o desconforto é inevitável” (BUENO, 2021).

A sombra é adquirida com as nossas experiências de vida, e está relacionada com a percepção que temos de um outro indivíduo, a partir do que está dentro de nós, do nosso inconsciente, “sendo difícil o seu reconhecimento, a partir de um confronto moral, quando se tratar de aspectos obscuros da personalidade, que desempenham papéis negativos” (CONHECENDO JUNG, 2022).

Para que a sombra possa ser encontrada é preciso se atentar na percepção que temos sobre o outro, ou seja, a forma como se enxerga essa pessoa, fazendo o seguinte questionamento: Quais são as características dessa pessoa que tem em mim da mesma forma?, e sendo capaz de ter o entendimento de que cada ser humano é único, com suas individualidades, que os diferenciam uns dos outros.

Cabe ressaltar ainda que, conforme o psicólogo Carl Jung não existe somente um lado sombrio da sombra, mas também aspectos positivos, que consistem em sentimentos e pensamentos positivos que temos de um indivíduo, como admiração e respeito, que temos em nos mesmos mas que somos incapazes de perceber por estar em nosso inconsciente. (BUENO, 2021).

Atualmente, com as redes sociais, percebe-se que há uma sombra coletiva, em que os odiadores (*haters*) fazem comentários em publicações expressando sentimentos negativos sobre determinado assunto ou pessoa, e a partir desses comportamentos, quando eles são influenciados por fortes sentimentos de raiva ou que o comportamento do outro é inaceitável, as sombras que estavam adormecidas no subconsciente deles aparece de forma inesperada, sendo difícil de ser lidada por eles não as compreenderem, o que leva indubitavelmente a um conflito social.

### **3 MONITORAMENTO E REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE DOS HATERS NA INTERNET**

Neste capítulo, pretende-se analisar as leis que regulam o espaço na internet, buscando responder ao seguinte questionamento: As redes sociais são uma terra sem lei?, e em seguida examinar os projetos de lei existentes no Legislativo a respeito da criminalização do discurso de ódio nas redes sociais, e qual deles melhor se adequa para a responsabilização dos *haters*.

#### **3.1 As redes sociais são uma terra sem lei?**

Com a crescente adesão das pessoas nas redes sociais a cada dia, e com as ferramentas que as mesmas proporcionam no que tange a expressar pensamentos, opiniões, pontos de vista sobre determinada matéria ou publicação, ou até mesmo na produção

de conteúdos, essas mídias sociais acabaram se tornando um meio de propagação para discursos de ódio por parte dos *haters*, sendo estes carregados de sentimentos de intolerância no que tange as pessoas vulneráveis, relacionadas com a cor, sexo, a religião, orientação sexual e etnia delas.

Assim, os discursos de ódio não são amparados pelo direito à liberdade de expressão, uma vez que a opinião manifestada que desvaloriza, discrimina e inferioriza outras pessoas, bem como outros direitos fundamentais, não pode ser vista como um livre exercício do direito à liberdade de expressão, sendo necessária a responsabilização e punição dessas pessoas.

Ademais, quando as opiniões são manifestadas para um número indeterminado de pessoas, veiculadas em várias mídias sociais, estas trazem um impacto muito grande para aqueles que sofreram algum dano com isso, o qual permanecerá no tempo, sendo difícil identificar a autoria, uma vez que tais plataformas acabam proporcionando o anonimato. Contudo, nosso ordenamento jurídico possui algumas leis que lidam com essa problemática, evidenciando que a internet, e, notadamente, as redes sociais não são uma terra sem lei.

A lei 7.716/1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e, em especial, os crimes discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional acaba por ser um importante instrumento para a punição de infratores que manifestam discursos de ódio, dispondo de uma qualificadora quando estes são cometidos nos meios de comunicação.

Diante da necessidade de o Estado atuar diretamente nas relações dos indivíduos com a internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da mesma no Brasil, bem como determinando a atuação do Poder Público em relação ao tema, adveio a lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, a qual em artigo 3º estabelece:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

Ocorre que a lei em questão não estabelece punições, como a tipificação de crimes e as suas respectivas penas para o usuário da rede que cause algum dano ao outro, a

exemplo dos discursos de ódio, vazamentos de dados e disseminação de informação falsa, tendo algum deles encontrado tutela e responsabilização em outras leis, como o Código Penal Brasileiro, em seus artigos 138 a 140, que tipificam os crimes contra honra, a calúnia, a difamação e a injúria, podendo tais comportamentos configurarem como *fake news*, que consistem em inverdades que destroem a honra e reputação de pessoas nas mídias sociais, com o fim de aumentar a visibilidade, o número de seguidores e de curtidas.

Com relação ao vazamento de dados, em razão de uma atriz brasileira, Carolina Dieckmann, ter seu computador invadido por um hacker em maio de 2011 e este ter compartilhado suas fotos íntimas em várias redes sociais diante da recusa da atriz em pagar a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o invasor não publicar as fotos, criou-se a Lei 12.737/2012, para regulamentar os crimes cibernéticos, que até então nenhuma lei tinha tratado do tema, o que fez com que o hacker à época do crime não se preocupasse se ele seria punido (FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021, *online*).

Diante da impunidade em questão e pelo fato de o judiciário, com o avanço da tecnologia e das redes sociais, ter a necessidade de tipificar crimes virtuais e informáticos, foi apresentado o projeto de lei com o nome da referida atriz no dia 29 de novembro de 2011, tendo sua sanção se dado em 2 de dezembro de 2012 pela presidente Dilma Rousseff, e teve como prioridade principal punir quem invadissem dispositivos informáticos de seu proprietário.

Por esse caso envolver uma artista famosa e em virtude da pressão da mídia sobre o tema, isso gerou vários debates entre a população, e os legisladores diante disso se viram obrigados a aprovar o referido projeto de lei, o qual ocorreu no período de um ano, chamando a atenção pelo fato de ter sido aprovado em tempo relativamente curto, uma vez que, usualmente, as leis em nosso país demoram anos para serem aprovadas, demonstrado que assim se procedeu neste caso porque envolveu uma personalidade famosa (FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021, *online*).

A referida lei alterou o Código Penal Brasileiro acrescentando nele os artigos 154-A e 154-B e alterando os artigos 266 e 298, inovando no ordenamento jurídico o tema da segurança na internet, tendo a redação da referida lei previsto os crimes que decorrerem do uso indevido de dados e informações pessoais, a exemplo de fotos e vídeos, que dizem respeito a intimidade e privacidade de um proprietário de um dispositivo eletrônico.

O principal artigo que a lei Carolina Dieckmann trata é o artigo 154-A, que diz respeito a invasão de dispositivo informático, configurando a conduta quando ocorrer uma invasão de qualquer dispositivo informático alheio, como computador de mesa

(desktop), notebook, tablet (ipad e outros), laptop, bem como os smartphones, independentemente de estar conectado à rede mundial de computadores, bem como instalar vulnerabilidades nos dispositivos para obter vantagem ilícita. Dispõe a mencionada lei:

Art. 154-A invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Ademais, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, em que as pessoas podem expressar suas opiniões livremente sob o manto do anonimato, uma vez que este não é permitido, conforme o artigo 5º, inciso IV, da Constituição de 1988 que preleciona que é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato.

Nesse sentido, com base na ideia do filósofo inglês Herbert Spencer que dizia que “a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro”, ou seja, a pessoa tem a liberdade de opinar sobre a vida do outro, desde que tenha o respeito, e uma vez ultrapassando esse limite, o ofendido pode responsabilizá-la civil ou penalmente, tendo inclusive o direito de resposta e de pedir uma justa indenização pelo prejuízo sofrido, nos termos do artigo 5º, inciso V:

Art. 5º

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Embora as redes sociais funcionem como um instrumento da democracia, assegurando o direito fundamental a liberdade de expressão, elas também possuem uma repercussão negativa relacionada a essa garantia constitucional, na medida em que extrapolam os limites desta ao facilitar os *hate speeches*, que acabam por ferir outros direitos e garantias fundamentais, bem como proporcionam a divulgação de informações falsas e de dados pessoais, que são divulgados sem autorização e conhecimento das vítimas, sendo estas protegidas pelas leis existentes que regulam a matéria.

### **3.2 Existência de lei para criminalizar o discurso de ódio nas redes sociais**

Diante da morosidade do Estado em punir indivíduos que promovam o discurso de

ódio nas redes sociais, bem como pela ineficiência de medidas de combate a essa prática e na de identificação de seus praticantes, o número de crimes virtuais vem aumentando a cada dia em nosso país, o que ocasiona um clima de impunidade, ou seja, de que a internet, em especial as mídias sociais, é terra sem lei.

Os *haters* sabem dessa dificuldade e se aproveitam da situação para propagar ainda mais os discursos de ódios em face de outros usuários, utilizando como justificativa, na maioria das vezes, o direito à liberdade de expressão. Percebe-se que os meios de comunicação jornalísticos e os aplicativos de mensagens instantâneas, cada vez mais presentes no cotidiano de seus usuários, favorecem a prática de tais comportamentos, a exemplo de uma publicação postada nos referidos meios, em que os indivíduos que seguem a página são instados, mesmo que inconscientemente, a se manifestarem, seja tecendo críticas, elogiando ou até mesmo ofendendo outros.

Assim essas mídias sociais que deveriam cumprir com a sua função, de trazer a informação segura e importante, de maneira rápida para as pessoas, estão na realidade se tornando verdadeiros palcos para os discursos de ódio, incitando a violência, e infelizmente o nosso judiciário e legislativos estão ausentes neste aspecto, na medida em que há uma certa lentidão deles em estabelecer medidas de combate para esses comportamentos, não havendo nem mesmo uma definição jurídica do termo “discurso de ódio” para melhor compreender a situação e regulamentá-la.

Como uma forma de punir os praticantes de tais discursos existem algumas legislações, que a depender da conduta destes, criminaliza e estabelece sanções para eles, contudo ainda não foi aprovada pelo legislativo uma legislação que trate especificamente sobre o discurso de ódio na internet.

Ciente da problemática, o deputado do PC do B/MA, Márcio Jerry, apresentou o projeto de Lei n.º 4.785/2019, para alterar o Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual. (RODRIGUES, 2020, online)

Referido projeto prevê a inclusão do seguinte artigo:

Art. 154-C. Incorre nas mesmas penas previstas neste Decreto-Lei, quem por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual, desenvolver, difundir, induzir, injuriar ou incitar a intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência, de qualquer forma, inclusive simbólica, por motivo de raça, cor, gênero e identidade de gênero, orientação sexual, religião, origem nacional ou étnica, idade ou condição de pessoa com deficiência.

Pena: reclusão, de um a três anos, e multa.

1º. A pena aumenta-se de um terço se sob denominação própria ou

não, associarem-se três ou mais pessoas com o fim de cometer algum dos crimes previstos neste Decreto Lei.

2º. A pena aumenta-se em metade se a intolerância, ódio, exclusão e violência for praticada:

I – com uso de ameaça;

II – abuso de autoridade;

III – contra menor de dezoito anos;

IV – se praticado por cônjuge ou qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido, independente de coabitação e de orientação sexual;

VI – contra o direito de imagem;

VII – se da agressão resulta em prejuízo econômico

Tem como objetivo criar uma legislação para o enfrentamento dos discursos de ódio e práticas de atos de intolerância e discriminação, realizados em face de um indivíduo ou de uma coletividade de pessoas, com o fim de atingi-las por suas características peculiares de raça, a exemplo da raça gênero, orientação sexual, religião ou procedência nacional, atentando contra suas integridades emocional e física, fomentando um ambiente de intolerância que só se sustenta pela ignorância (BRASIL, 2019).

Além disso, também há um outro projeto de lei 8540/2017, em que foi apensado o PL 4785/2019, de iniciativa Deputados Assis Melo, do PC do B, e que está atualmente em tramitação, propõe a criminalização de discursos que envolvam as temáticas da intolerância e ódio na internet, é válido ressaltar que as legislações existentes no ordenamento jurídico brasileiro que criminalizam tais assuntos, como a lei do racismo, segundo o artigo 20 da lei nº 7.716/89, que prevê a conduta praticada por meio da internet, o que denota que os referidos projetos de lei não devem produzir nenhum efeito na prática, em razão de já existir uma lei criminalizando tais condutas na rede mundial de computadores.

O PL 9.647/2018, apensado ao PL 7604/2017, de iniciativa do Deputado Heuler Cruvinel, do PSD, não propõe a criação de um novo crime, mas a alteração do regime de responsabilidade do Marco Civil da Internet para permitir a responsabilização criminal e civil dos usuários de internet por discurso de ódio, ainda que não haja recusa ao cumprimento de ordem judicial. (SIGALEI, 2021, *online*)

A proposta é utilizar as responsabilidades civil e criminal para estimular as plataformas a utilizarem sua posição privilegiada para conter a disseminação de manifestações de ódio e não para reprimir a conduta de seus oradores. (SIGALEI, 2021, *online*).

Por fim, o projeto de lei que parece ser o mais coerente e eficaz, é o de iniciativa da Deputada Maria do Rosário, do PT, qual seja, o PL 7582/2014, que foi objeto de aná-

lise pela Comissão de Constituição e Justiça em 27 de abril de 2023, com decisão pela sua aprovação na forma do Substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, propõe incluir grupos não contemplados na Lei do Racismo, esclarecer termos e definir conceitos relativos aos referidos grupos, além de acrescentar crimes motivados por ódio e discriminação no Código Penal, que prevê:

Art. 5º Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência.

Pena – Prisão de um a seis anos e multa.

§ 1º – aumenta-se a pena de um sexto a metade se a ofensa incitar a prática de crime de ódio ou intolerância, conforme definido nesta lei, ou a prática de qualquer outro crime.

Ademais, além de tipificar crimes de ódio e intolerância, sendo um complemento a Lei do Racismo, o referido projeto de lei busca desenvolver políticas de prevenção, assegurando uma cultura de valorização dos direitos humanos, de respeito e propagação dos mesmos e da dignidade da pessoa humana, como o enfrentamento aos ódios, intolerâncias, preconceitos e discriminações em face de grupos vulneráveis.

## **4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

No terceiro item analisa-se os limites a liberdade de expressão do *hater*, a partir da análise de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988. Inicialmente abordará o conceito de liberdade de expressão e as normas que regulamentam esse exercício. Por fim, o enlace operará na constatação se os limites da referida liberdade no meio virtual são os mesmos do meio físico.

### **4.1 Conceito**

A Constituição Federal de 1988 consagra várias liberdades, dentre elas a liberdade de expressão, e busca garanti-las por meio de outras normas. A liberdade consiste em um dos elementos essenciais extraídos do termo dignidade da pessoa humana, que é

um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e norteia todos os direitos fundamentais, e parte da premissa que cada pessoa é responsável pela escolha de meios capazes de realizar suas potencialidades.

Para que isso seja possível, o Estado, por meio de suas leis, fornece a necessária e devida proteção a essas liberdades, estimulando, assim, a participação do povo nas principais decisões políticas do país, por meio de suas livres manifestações de pensamento, ou seja, das suas livres aptidões para expressar suas ideias, opiniões e ideologias, tornando-os seres capazes de analisarem de forma crítica.

O direito de expressão está previsto em vários dispositivos da Constituição Federal, no título II referente aos direitos e garantias fundamentais, no capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, no artigo 5º, incisos IV, V e IX e XIV, especificamente no que está inserido no inciso IV que trata de forma direta o direito à liberdade de expressão, assim dispendo: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIV, que dispõe sobre o acesso à informação e a vedação a censura, em que “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Assim, ao dispor sobre tais artigos a Constituição garante aos indivíduos a livre manifestação de suas opiniões, a divulgação e compartilhamento de fatos nas mídias sociais, bem como garante que os veículos de imprensa transmitam a informação sem sofrer qualquer tipo de censura. Referida garantia é reforçada no artigo 220, que trata da comunicação social, havendo o reconhecimento expresso de que “a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Acrescentando ainda que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º).

Da mesma forma em que é proporcionado ao indivíduo o direito subjetivo de se manifestarem e interagirem com os outros, ou seja, o direito a expressão, também o é com os meios de comunicação com o fim de que os cidadãos possam ser suficiente e adequadamente informados.

Nesse sentido é o pensamento de Tatiana Stroppa e Walter Claudius Rothenburg (2015) que salientam que o reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do direito de expressão compreende a possibilidade de exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e emoções, pelas mais diversificadas plataformas informativas hoje existentes.

Salienta referidos autores que “a proteção conferida pelo direito de expressão vai além do ato de poder pensar e alcança a possibilidade de divulgar o que se pensa, com o mais variado conteúdo, visto que as mensagens não podem ser restritas em razão das motivações políticas, econômicas ou filosóficas que lhes sejam subjacentes” (Stroppa e Rothenburg, 2015, p. 3).

De acordo com as autoras Ana Flávia Lima Rocha Cipriano e Paloma Torres Carneiro(apud PEREIRA, 2017) a liberdade de expressão e comunicação é um direito fundamental subjetivo, uma vez que visa garantir a autorrealização da dignidade da pessoa humana, bem como autoriza instituições a veicularem informações em massa, garantido, ainda, a liberdade de receber, emitir e compartilhar informações verídicas sem que haja impedimentos.

A partir desse posicionamento percebe-se que o direito à liberdade de expressão possui uma dupla natureza, por ser um direito individual e coletivo, aquele consiste em proporcionar aos indivíduos a livre expressão de seus pensamentos, desde que não firam o direito de outrem, de modo a respeitar as variadas crenças, opiniões e ideologias, com vistas a construir uma sociedade democrática.

Por sua vez, a natureza coletiva do direito à liberdade diz respeito aos meios de comunicação, em especial, as mídias sociais, garantindo que elas possam veicular informações verídicas, opiniões, notícias aos cidadãos, bem como possibilitar a estes a disseminação de suas ideias.

#### **4.2 Limitações à liberdade de expressão do hater nas redes sociais**

Como todos os outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando limites na Constituição Federal de 1988 e em outras leis, a exemplo do Marco Civil da Internet, sendo necessário identificar certos atos como liberdade de expressão, os quais são realizados através da ética e da moral, que são aplicadas caso a caso, pelos indivíduos, havendo o limite a esse direito quando estas são ultrapassadas, momento em que a manifestação do pensamento é excedida.

Tais excessos são identificados a partir de discursos envolvendo a temática do racismo, da xenofobia, bem como da política do nosso país. Uma dessas questões é tratada pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que estabelece no artigo 4º do Decreto n.º 65.810 de 8 de dezembro de 1969, limites a liberdade de expressão em assuntos relacionados a discriminação racial, trazendo inclusive a proposta de criminalização de condutas de disseminação, incitação, ou quaisquer outros atos de discriminação racial dirigidos a qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica. Assim dispõe o referido artigo:

Artigo IV. Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar

ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com êste objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, êles se comprometem principalmente:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra côr ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar à discriminação racial e que a encorajar e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

Nesse mesmo sentido também dispõe o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Decreto nº 592 de 6 de Julho de 1992, ao estabelecer que todos tem direito à liberdade de expressão, o que inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, fazendo a ressalva de que o exercício desse direito poderá ter certas restrições, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas e para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O direito à liberdade de expressão também está inserido na internet, a exemplo de usuários de uma determinada rede social expressarem suas opiniões e ideologias nessas plataformas, encontrando, contudo, limitações, assim como no mundo físico, nos direitos da personalidade, sendo assegurado a todos a proteção a honra, imagem, a privacidade, dentre outros.

Seguindo essa linha de pensamento os usuários dessas plataformas também estão sujeitos a praticarem crimes no mundo virtual, notadamente os crimes contra a honra pre-

vistos na legislação penal brasileira, “ataques contra pessoas físicas, jurídicas, órgãos, são realizados através de compartilhamentos, comentários, publicações e manifestações na internet, sem qualquer impedimento, utilizando as redes sociais (Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp etc.) como um veículo de exteriorização do pensamento (RODRIGUES, 2020, online).

Ademais, o anonimato, apesar de ser vetado para o exercício do direito à liberdade de expressão, conforme previsão na Constituição da República, é altamente utilizado nas plataformas digitais, como Facebook e Instagram, em que nestes são criados perfis fakes onde os *haters* escondem suas identidades e praticam atos que causem danos a outras pessoas sem serem responsabilizados, seja pela rede social ou pelas autoridades competentes.

A internet e as redes sociais, que eram para ser ferramentas de conhecimento e propagação de informação, estão sendo mal utilizadas e se tornando uma verdadeira fábrica de disseminação de notícias falsas, popularmente chamadas de fake News, e as vítimas delas são artistas famosos.

Em 2018, a apresentadora de TV, Fatima Bernardes foi acusada de ter dado dinheiro ao esfaqueador do presidente Jair Bolsonaro para que aquele pudesse reformar a sua casa. A própria apresentadora postou um vídeo em seu Instagram desmentindo a história e disse: “Toda a minha vida pública foi pautada no respeito pela vida humana, independentemente de credo, cor, gênero, ideologia. Eu nunca apoiei qualquer ato de violência. Divulgar uma notícia falsa é uma irresponsabilidade que não contribui em nada para o momento que estamos vivendo”(LEIA JA, 2018, *online*).

Os limites da liberdade de expressão nas redes sociais e na internet se fazem necessários para evitar situações como essas, sendo as mesmas utilizadas no mundo físico, valendo-se da premissa de que meu direito acaba quando o do outro começa, e observando as normas estabelecidas na Constituição Federal de 1988, especialmente as previstas no artigo 5º, em que algumas delas tratam dos direitos da personalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aspecto psicológico foi extremamente necessário para analisar o comportamento dos *haters* nas redes sociais, a fim de entender os motivos que levam eles a expressarem suas opiniões e ideologias causando danos aos outros usuários das mídias sociais, tecendo comentários negativos, ofensivos e as vezes racistas em face notadamente de grupos vulneráveis, a exemplo da comunidade LGBTQIA+ e negros.

O estudo demonstrou que a análise do direito à liberdade de expressão na internet é ampla, encontrando limites na legislação, a exemplo do Marco Civil da Internet e em

documentos internacionais, sendo necessário identificar certos atos como liberdade de expressão, os quais são realizados através da ética e da moral, que são aplicadas caso a caso, pelos indivíduos, havendo o limite a esse direito quando estas são ultrapassadas, momento em que a manifestação do pensamento é excedida.

O *hate speech* é o discurso em que ocorre a incitação ao ódio, violência, discriminação, preconceito, intolerância em face de grupos vulneráveis. Porém, concluiu-se com a análise do presente trabalho que no Brasil ainda não há uma tipificação específica do discurso de ódio, *hate speech*, utilizando para resolver essa lacuna o artigo 20 da Lei n.º 7.716 de 1989, contudo a referida lei não estabelece punições, como a tipificação de crimes e as suas respectivas penas para o usuário da rede que cause algum dano ao outro, tendo algum deles encontrado tutela e responsabilização em outras leis, como o Código Penal Brasileiro, em seus artigos 138 a 140, que tipificam os crimes contra honra, a calúnia, a difamação e a injúria.

Diante disso, é necessário realizar um debate sobre o princípio da liberdade de expressão e o conflito do *hate speech*, uma vez que nos últimos tempos, está cada vez mais frequente a presente situação. As legislações e documentos internacionais demonstram a relevância em estabelecer os limites da liberdade de expressão e combater o *hate speech*.

O ordenamento jurídico brasileiro busca regulamentar os discursos de ódio por meio de Projetos de Lei, e dentre os existentes até o presente momento, o que é mais eficaz e coerente é o PL 7582/2014, de iniciativa da Deputada Maria do Rosário, do PT, que propõe incluir conceitos e tipificações de crimes não contemplados na Lei do Racismo.

É necessário identificar, coibir e combater o *hate speech*, através da criação de lei específica para regulamentar a matéria, bem como observando outras legislações a fim de delimitar os limites ao direito a liberdade de expressão, para, assim, evitar conflitos que envolvam essa temática, de modo a fortalecer ainda mais o Estado Democrático de Direito.

## **FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: LIMITS ON SOCIAL NETWORKS**

### **ABSTRACT**

In this work, the subject of limits to the freedom of expression of haters on social networks was addressed. The general objective was to carry out a critical analysis of the limits to the freedom of expression of haters on social networks. The concept of the term hater was examined in order to clarify their behavior towards vulnerable people

on social networks through Psychology. Then, the laws that regulate the space on the internet were analyzed and it was verified which among the existing bills in the Legislative, regarding the criminalization of hate speech in social networks, is best suited for the accountability of haters. In the end, the limits to freedom of expression of haters were analyzed, based on the analysis of some provisions of the Federal Constitution of 1988, approaching the concept of freedom of expression and the rules that regulate this exercise and noting if the limits of freedom of expression in the virtual environment are the same as in the physical environment. To understand the present work, the methodology used was bibliographic and documentary. As for the use of the result, the research was pure, exploratory and descriptive. As for the approach, the research is qualitative, emphasizing the understanding and interpretation of the theme. It is concluded that it is necessary to have a deeper understanding of the present research, because it is one of the issues that has caused several conflicts in society.

**Keywords:** freedom of expression; limits; haters; social networks; vulnerable people.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário oficial da república federativa do brasil**, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 set 2022.

BRASIL. Lei n.º 7.716 de 5 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário oficial da república federativa do brasil**. Brasília, 5 de janeiro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 65.810 de 8 dezembro de 1969 que promulga a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Nova York, NY, 7 de março de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html#:~:text=N%C3%A3o%20ser%C3%A3o%20consideradas%20discrimina%C](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html#:~:text=N%C3%A3o%20ser%C3%A3o%20consideradas%20discrimina%C)

3%A7%C3%A3o%20racial,ou%20exerc%C3%ADcio%20de%20direitos%20humanos. Acesso em: 17 out. 2022.

**BRASIL.** Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 17 out. 2022.

STROPPA, T.; ROTHENBURG, W. C. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: O CONFLITO DISCURSIVO NAS REDES SOCIAIS. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 450–468, 2015. DOI: 10.5902/1981369419463. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463>. Acesso em: 15 set. 2022.

PEREIRA, N. Redes sociais validam o ódio das pessoas, diz psicanalista. BBC Brasil, São Paulo, 10 jan. 2017. Não paginado. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>. Acesso em: 15 set. 2022.

FREUD, Sigmund. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Imago editora, 2016.

AMARAL, Adriana; COIMBRA, Michele. Expressões de ódio nos sites de redes sociais: o universo dos haters no caso# eunãomereçoserestuprada//Expressions of hatred on social networking sites: the universe of haters in the case# eunãomereçoserestuprada. *Contemporânea*, v. 13, n. 2, p. 294-310, 2015.

BUENO, Débora. O que te irrita no outro diz muito sobre você. **Psicologia e Vida**. [S.I.] 2021. Disponível em: <https://deborabuenopsi.wordpress.com/2021/05/20/o-que-te-irrita-no-outro-diz-muito-sobre-voce>. Acesso em: 22 set. 2022

**A sombra**. Conhecendo Jung. [S.I.]. Disponível em: <https://conhecendojung.com.br/a-sombra/>. Acesso em: 24 set. 2022

ABRAMS, Jeremiah; ZWEIG, Connie. **Ao encontro da sombra. O potencial oculto do lado escuro da sombra**, 1991.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.785/2019, que altera o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual. **Câmara dos deputados**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=2217918>. Acesso em: 04 out. 2022.

RODRIGUES, Andressa. Liberdade de Expressão nas Redes Sociais e o conflito do Hate Speech. **Âmbito Jurídico**. [S.I.] 2020. . Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais-e-o-conflito-do-hate-speech/>. Acesso em: 25 set. 2022

SALVADOR, João Pedro Favaretto. Combatendo o discurso de ódio: um panorama dos Projetos de Lei em tramitação. **SIGALEI**. 2021. Disponível em: <https://www.sigalei>.

com.br/blog/combate-o-discurso-de-odio-um-panorama-dos-projetos-de-lei-em-tramitacao. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASILEIRO, Paula. 10 vezes em que famosos foram vítimas de fake news. **LEIA JÁ**, 10 novembro 2018. Cultura. Disponível em: <https://www.leiaja.com/cultura/2018/11/10/10-vezes-em-que-famosos-foram-vitimas-de-fake-news/>. Acesso em: 18 out. 2022.



JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÃO:  
FATORES JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS

*JUDGMENT AND DECISION-MAKING:  
LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS*



# JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÃO: FATORES JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS<sup>1</sup>

*JUDGMENT AND DECISION-MAKING: LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS*

*Antonio Henrique Graciano Suxberger<sup>2</sup>*

*Ricardo Rocha Leite<sup>3 4</sup>*

## RESUMO

Fatores estritamente jurídicos não bastam à convicção judicial sobre os fatos. A consideração de fatores extrajurídicos, contudo, não contraria a abordagem racionalista da prova. O artigo problematiza os estados subjetivos do julgador na produção e valoração da prova. Objetiva elucidar limitações e vieses cognitivos do juiz. Sustenta que fatores extrajurídicos para a decisão estão dentro da abordagem racionalista da prova e do campo do Direito, embora fora da legalidade estrita. A metodologia é dedutiva, com revisão bibliográfica e cotejo das categorias com a praxe, notadamente sobre a valoração da prova aliada a contribuições advindas de outras áreas do conhecimento.

**Palavras-Chave:** verdade; processo; standards probatórios; comportamento judicial.

---

1 Data de Recebimento: 03/03/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

2 Doutor e mestre em Direito. Pós-Doutor. Professor titular do programa de mestrado e doutorado em Direito do CEUB (Brasília-DF) e dos cursos de especialização da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de justiça no Distrito Federal.

3 Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB (Brasília/DF). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos (Belo Horizonte/MG). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Titular da 4 Vara Criminal de Ceilândia/DF. Professor da pós-graduação da Escola da Magistratura do Distrito Federal, do programa de graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP e do programa de graduação do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Professor Tutor na Escola de Formação Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Autor da obra “O Ônus da Prova no CDC: Diversidade, Falsa Inversão e Redução de Exigências para Produção e Valoração Probatórias”, publicada em 2018 pela Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Autor de artigos jurídicos. Examinador em bancas de concursos públicos da magistratura organizados pelo CESPE/CEBRASPE.

4 Artigo elaborado pelo grupo de pesquisa composto também por: Acácia Regina Soares de Sá; Alexey Choi Caruncho; Amom Albernaz Pires; Ana Cláudia de Souza Valente; Ana Claudia Rodrigues Nerosky Ribeiro; Ana Karina Vasconcelos da Nóbrega; André Luiz de Matos Gonçalves; Antônio Dantas de Oliveira Junior; Bruna Barbieri Waquim; Bruno Amaral Machado; Carolina Costa Ferreira; Ciro Rosa de Oliveira; Danilo Pinheiro Dias; Evandro Manoel da Silveira Gomes; Fábio Macedo Nascimento; Flávia Ramos Maia Costa; Frederico Skora Lieberenz; Gisele Gomes Matos; Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira; Juliana Alencar Wolney Cavalcante Aires; Júlio Edstron Secundino Santos; Luciana Laura Carvalho Costa Dias; Melina Castro Montoya Flores; Mônica Thaís Mendes Ribeiro; Munique Teixeira Vaz; Octahydes Ballan Junior; Paulo Henrique Rodrigues Moreira; Raphaella Karoline de Freitas Camargos; Ricardo Rocha Leite; Roberto Santos Costa; Rômulo Gustavo de Moraes Ovando; Ronny Alves de Jesus; Sara Vanessa Aparecida e Sousa; Sayury Silva de Otoni; Vladimir Barros Aras; Felipe Matheus Ramos Danin; Renée Nazaré Pinto Morais e Thaís Filgueiras Chapadense Pacheco.

## 1 INTRODUÇÃO

A construção da decisão judicial observa parâmetros que são informados por razões jurídicas e extrajurídicas, isto é, fora do que seja o campo estritamente normativo de aplicação dos enunciados legais. O esforço de racionalização desse processo consiste na fixação de modelos de constatação ou padrões de consideração da prova para a incidência, no caso, do enunciado normativo. Os standards probatórios, assim, cumprem a relevante função de prestar um padrão racional na construção da decisão judicial.

O artigo pretende problematizar os *standards* probatórios e os métodos de produção e valoração da prova no processo judicial. Assim, busca-se a sistematização do contexto da busca da verdade pelo julgador e os estados subjetivos que podem influenciar na tomada de decisão. Para tanto, será realizada uma reflexão jurídica sobre o modo tradicional desenvolvido pelo sistema processual para produzir e valorar a prova, baseado em uma visão de neutralidade cognitiva e de presuntivismo.

Busca-se trazer a problemática jurídica existente sobre o modelo normativo de processo e uma abordagem interdisciplinar para análise das possíveis interferências extrajurídicas identificadas no contexto probatório. Portanto, é questionado se o modelo probatório existente no processo judicial atenta efetivamente para a busca da verdade e para fatores externos na produção e valoração da prova que podem influenciar na tomada de decisão.

A busca da verdade no processo não tem se voltado para qualquer tipo de abordagem técnica ou científica acerca de critérios de racionalidade limitada. Da mesma forma, o contexto probatório em um processo judicial, notadamente na produção e valoração da prova, não adentra em outras áreas do conhecimento. A psicologia do testemunho, quando aplicável ao Direito, pode apresentar sugestões temáticas e metodológicas consolidadas no ambiente da ciência.

O artigo será desenvolvido a partir de uma análise da teoria geral do Direito, construída inicialmente em um viés positivista, a fim de realizar um cotejo com os estudos contemporâneos que são realizados para se aferir o comportamento judicial. A delimitação refere-se ao processo judicial e o caminho lógico-formal de reconstrução da verdade a partir do que as partes indicam como base para as pretensões deduzidas em juízo. Nesse sentido, a atuação dos atores processuais merecerá destaque para a constrição e delimitação do espaço decisório formalizado pelo julgador no caso concreto.

Metodologicamente, a pesquisa é do tipo jurídico-dogmática, de abordagem dedutiva. Elege como ferramentas a revisão bibliográfica e cotejo das categorias operacionais aplicáveis ao tema com o seu uso na praxe forense.

## 2 DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Em um Estado de Direito Democrático, é imprescindível uma análise inicial acerca de seus elementos integrantes para que se possa chegar ao modelo de processo em sintonia com a Constituição Federal. O Estado Constitucional ou de Direito<sup>5</sup>, no qual há a fixação de direitos dos cidadãos, divisão dos poderes e respeito à legalidade, assume uma posição social, em detrimento do liberalismo de outrora<sup>6</sup>.

Segundo J. J. Gomes Canotilho: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade”.<sup>7</sup> Os direitos e liberdades fundamentais são mecanismos para o controle desta atividade estatal e os direitos sociais exigem uma conduta mais proativa do Estado.

Acerca da democracia, categoria jurídica cuja discussão remonta à Grécia Antiga, sua perenidade não implica identidade de conceito no decorrer do tempo. Em sua origem, buscava ser o governo do povo e para o povo, com base na ideia de liberdade. Desde o seu advento, a democracia sempre foi alvo das mais variadas críticas, que buscavam aferir se era o melhor ou o pior dos regimes. Os contrários ao regime nessa época sustentavam que, em um sistema no qual todos mandassem, ninguém obedeceria.

Após essa breve análise do Estado Democrático, passa-se ao estudo do Direito. O Direito, de forma ampla, estabelece um conjunto de regras e princípios obrigatórios para regular a convivência em sociedade. É estabelecido, por meio da norma jurídica, o mundo do “dever ser”, o qual está pautado pela cultura, pela ética e pela moral de determinado contexto histórico, porquanto reflete um juízo de valor (axiológico).

A discussão do Estado do ponto de vista jurídico perpassa pela normatividade, no sentido de obrigatoriedade, de imposição, para que os indivíduos sejam compelidos por uma autoridade soberana<sup>8</sup>. O descumprimento dessa imposição ocasiona a sanção jurídica, a qual implica na aplicação de uma penalidade àquele indivíduo que agiu contra os interesses desejáveis do Estado.

---

5 Para J. J. Gomes Canotilho: “O Estado constitucional é ‘mais’ do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (to check the power); foi também reclamado pela sociedade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 20 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100).

6 Conforme o entendimento de Paulo Bonavides: “Explosão batizada de Revolução Liberal, ela no seu reformismo trazia, por inteiro, as sementes sociais donde resultara a concepção de um novo Estado em que a ideologia fazia prevalecer na organização institucional do sistema algumas ideias e alvites ou sugestões constitucionais tirados de dispositivos deveras inovadores, legislados pelos constituintes do México em 1917, e de Weimar em 1919, e que traçaram a grande pauta precursora da normatividade dos direitos fundamentais dos direitos de segunda geração”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 139)

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 20 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

8 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p. 273.

Um ponto que deve ser destacado é que o Direito e a Moral são institutos que se conectam, porém são independentes. Segundo a clássica doutrina, o Direito seria o “mínimo ético”, de tal forma que, representativamente, equiparam-se a círculos concêntricos, com o círculo maior correspondendo à Moral e o círculo menor ao Direito<sup>9</sup>. A principal distinção entre os institutos é que a Moral não pode ser imposta aos cidadãos, ao contrário do Direito, que é coercível.<sup>10</sup>

O Estado e o Direito, segundo Miguel Reale, seguem três direções fundamentais: a técnica-formal, a sociológica e a culturalista<sup>11</sup>. A direção da técnica-formal tem como base a Escola do direito puro de Hans Kelsen, a qual estabelece que o Direito é uma ciência que tem como objeto o estudo das normas e deve ser separada das demais ciências.<sup>12</sup>

Por sua vez, a direção sociológica vislumbra o Direito como fato social e as normas refletem o contexto de determinada conjuntura da sociedade<sup>13</sup>. Em relação à dimensão do culturalismo jurídico, “[...] integra ao historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus de evolução social”<sup>14</sup>.

A junção das três direções fundamentais do Estado e do Direito formam a chamada teoria tridimensional, a qual extrai de cada uma das escolas seus elementos fundantes: fato, valor e norma<sup>15</sup>. Há uma dialética de implicação<sup>16</sup>, ou seja, uma dimensão interfe-

---

9 Conforme o entendimento de Miguel Reale: “A teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social”. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 42).

10 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 46.

11 REALE, Miguel. Teoria Geral do direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 8.

12 Segundo Hans Kelsen: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009, p. 1).

13 Miguel Reale estabelece que: “O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 2).

14 REALE, Miguel. Teoria Geral do direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 8.

15 Miguel Reale destaca “(...) a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 65).

16 Segundo Miguel Reale: “A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais do lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)” (REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. 8. tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 57).

re na outra, sem que haja um confronto entre elas. A teoria tridimensional considera o Direito como elemento histórico-cultural, ou seja, fruto das concepções da sociedade.

O Direito necessita da existência de um Estado para que tenha uma base sólida de aplicação. Da mesma forma, a institucionalização do poder e a concentração de seu exercício em alguns agentes requerem a interseção do Direito. Por sua vez, a coercibilidade, necessária para a sobrevivência do Estado, necessita de parâmetros que são circundados pelo Direito, o qual delimita a atuação estatal.<sup>17</sup>

Para a análise da perspectiva do Estado de Direito e suas vicissitudes no atual cenário, é necessário detalhar a análise do Direito como fenômeno social e contemporâneo à edição das normas jurídicas. O ordenamento jurídico é o conjunto de normas que estruturam o sistema. As normas não devem ser vistas de forma isolada, mas sim no contexto sistemático do ordenamento. Segundo Miguel Reale, a norma ou regra jurídica é “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”<sup>18</sup>.

Esta análise do Estado Democrático de Direito, em uma perspectiva mais clássica, é reproduzida em um processo judicial, o qual é visto como um instrumento para a satisfação do direito material. Para que o direito subjetivo de ação possa ser exercido, são estabelecidos alguns parâmetros para que haja o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Ao se estabelecer métodos para a obtenção do direito material, são estabelecidos, dentre outros critérios, a prova de fatos que ensejam o enquadramento normativo e justificam a pretensão exercida. Passa-se, portanto, à análise da prova e da verdade no processo judicial.

Se o sentido de Estado de Direito se desenvolve a partir e nos limites do próprio Direito, a compreensão da atividade cognitiva do julgador sobre a prova passa a observar um objetivo, meta ou finalidade desejável justamente para justificativa e controle dessa decisão. Esse vínculo de racionalidade instrumental, em geral, é apresentado como “tradição racionalista da prova jurídica”<sup>19</sup> – a nomenclatura é variável, mas é o que se encontra em autores a seguir referenciados como Taruffo, Ferrer Beltrán e outros.

Para essa tradição, a relação de racionalidade instrumental é construída, por um lado, como o resultado de atribuir à instituição jurídico-processual da prova (ou, mais espe-

---

17 Jorge Miranda apresenta as características gerais do Estado: “[...] Apesar de evidentes dificuldades, pode tentar-se reconduzir a um quadro comum as notas características dos diferentes Estados ou tipos de Estado oferecidos pela história. Trata-se da complexidade de organização e atuação, da institucionalização, da coercibilidade e da autonomização do poder político, bem como, em plano algo diferente, da sedentariedade. Estas características têm de ser vistas em conjunto e não isoladamente (até porque algumas delas se encontram noutras sociedades, políticas e até não políticas). (MIRANDA, Jorge. Teoria Geral do Estado e da Constituição. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019, p. 6-7).

18 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 95.

19 GARCÍA, Edgar Ramón Aguilera. Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio facti*. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, v. 3, n. 0, 2022, p. 82-83.

cificamente, a atividade probatória no Direito) a finalidade primordial de maximizar os episódios de coincidência ou correspondência entre o conteúdo da premissa fática à realidade. Por outro lado, essa racionalidade igualmente é alcançada por meio idôneo para alcançar a referida maximização da verdade (ou minimização da possibilidade de erro) no contexto da aplicação do Direito. Como isso ocorre?

Trata-se da tarefa outorgada a legisladores e juízes, respectivamente em seus labores, para delinear modelos processuais ou realizar valoração probatória – fundamentadamente – para implementar conceitos, noções, teorias, regras e princípios provenientes da epistemologia geral (a chamada racionalidade empírica).

A consideração de fatores extrajurídicos, embora desbordem da legalidade estrita, não situa essa tarefa propriamente fora do Direito. Ao contrário: a insuficiência da categoria verdade, como algo concretizável, reclama a consideração dos limites da atividade probatória para uma verdade sabidamente aproximativa. A problematização desses fatores extrajurídicos será feita a seguir.

### **3 A PROVA E A VERDADE NO PROCESSO JUDICIAL**

A prova é analisada nas mais diversas áreas do conhecimento, tais como no campo jurídico, da lógica, da epistemologia e da psicologia. Em uma perspectiva jurídica, a prova remete a uma tríplice acepção: como atividade, meio e resultado. A primeira dimensão é analisada como o ato de provar, o qual é remetido para o ônus da prova. A segunda acepção reporta aos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para se provar determinado fato, tais como o meio de prova testemunhal, documental ou pericial. Por fim, a prova tem como finalidade a formação do convencimento do julgador.

O contato do juiz com a prova ocorre durante todo o trâmite do processo, desde o momento em que a prova é requerida pela parte, passa pelo juízo de admissibilidade para então ser produzida no processo e, ao final, ser valorada pelo magistrado. Em relação a esta última etapa, o ordenamento jurídico adota o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional, o qual prevê que há uma liberdade para valorar a prova, porém com a necessidade de expor as razões do convencimento.

A atividade de valoração da prova é complexa e tem como desafio delimitar esta discricionariedade conferida ao magistrado, para que as partes possam exercer um efetivo controle da decisão judicial. Jordi Ferrer Beltrán analisa o resultado do conjunto da atividade probatória em atitudes proposicionais, as quais podem ser desenvolvidas em três modelos. Segundo o autor, o primeiro modelo consiste na vinculação à proposição de crença do julgador na verdade desta; o segundo vincula a prova a uma proposição do conhecimento e, por fim, o terceiro, que pressupõe a vinculação da prova de uma proposição à aceitação da verdade desta.<sup>20</sup>

---

20 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.85-86.

A tradicional percepção da prova utiliza o discurso da busca da verdade pelo juiz<sup>21</sup> como seu objetivo primordial, inclusive há uma clássica distinção entre a busca da verdade real ou material e a verdade formal ou processual<sup>22</sup>. A primeira é utilizada de forma mais recorrente no processo penal, sob o argumento de que neste instrumento estatal os bens jurídicos são mais relevantes. Por outro lado, no âmbito do processo civil contenta-se com a verdade existente no processo<sup>23</sup>.

Essa visão está superada. A verdade no processo, como categoria isoladamente considerada, é uma utopia. Do ponto de vista processual – seja penal, seja cível –, a verdade é compreendida como uma correspondência aproximada, relativa ou provável<sup>24</sup>. Piero Calamandrei, em clássica obra que retrata os problemas da justiça, ressalta que há três dimensões da verdade no processo e que esta poderá mostrar-se diferente de acordo com o ângulo de quem a observa<sup>25</sup>.

À superação da dicotomia entre o sentido de verdade no campo penal e no campo cível soma-se mais um elemento. A instauração, por si só, de persecução penal em juízo em desfavor de alguém implica mácula à dignidade da pessoa – daí a exigência de justa causa a amparar a imputação. Também por isso é que, convencionalmente, fica assegurado ao particular o direito de não ser processado novamente por fato pelo qual foi absolvido.<sup>26</sup>

A busca pela verdade, de certa forma, acaba por ser relativizada no processo em determinados contextos, porquanto há no ordenamento jurídico o que se tem denominado de redução de exigências de prova<sup>27</sup>, que culmina por permitir estados subjetivos<sup>28</sup> na

---

21 Este ideal pode ser aferido do conceito legal de prova trazido pelo Código de Processo Civil: “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”.

22 Segundo preleciona Alberto Augusto Vicente Ruço: “Do que acaba de ser referido, relativamente ao conceito de verdade que se encontra subjacente ao processo judicial, resulta que a convicção do juiz incide sobre a realidade factual, no sentido dos factos declarados provados correspondem à realidade histórica. Perante duas hipóteses factuais, o juiz procurará estabelecer, auxiliado pelos advogados das partes ou sujeitos processuais e outros intervenientes acidentais (testemunhas, peritos...), qual delas coincide com a realidade que efetivamente ocorreu”. (RUÇO, Alberto Augusto Vicente. Prova e formação da convicção do juiz. Coimbra: Almedina, 2017. p. 115).

23 Jordi Ferrer Beltrán rechaça esta distinção: “Já na primeira metade do século XX alçaram-se importantes vozes doutrinárias para rechaçar explicita e claramente a distinção entre diversos tipos de verdade. Desde então, este rechaço converteu-se em algo amplamente majoritário, ainda que ainda hoje se possam encontrar, sem excessivo esforço, referências a ela tanto na doutrina como na jurisprudência”. (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prova e verdade no direito. Tradutor Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.67).

24 Michele Taruffo destaca: “O ponto de partida deste problema radica-se na premissa de que nenhuma verdade absoluta é alcançável em tais contextos e, assim, que o propósito possível da tomada de decisão é somente obter uma verdade relativa. Uma vez que a ideia de uma verdade relativa é vaga, uma definição muito comum de tal verdade é fundada em termos de probabilidade” (TARUFFO, Michele. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.29).

25 CALAMANDREI, Piero. Eles, os juizes, vistos por um advogado. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.122.

26 Art. 8º, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.247.

28 Segundo o entendimento de Cláudia Sofia Alves Trindade: “O método através do qual o juiz se convence de que um determinado facto se verificou é um problema do contexto da descoberta, no qual o juiz vai comprovando ou rejeitando hipóteses, até concluir pela verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um facto. O contexto de descoberta tem caráter

valoração da prova pelo juiz, tais como os indícios<sup>29</sup> e as presunções<sup>30</sup>, notadamente as presunções judiciais também conhecidas como máximas de experiência ou regras de experiência<sup>31</sup>.

Nesse contexto de impossibilidade de obtenção da verdade, bem como a previsão do ordenamento jurídico de, em certos casos, permitir a utilização de estados subjetivos para se produzir e valorar a prova, busca-se perquirir se o sistema processual apresenta uma metodologia eficaz para o desempenho de atividades processuais que terão carga valorativa e que poderão influenciar na tomada de decisão pelo magistrado.

O objeto de prova recai, na grande maioria das vezes, sobre fatos controversos e relevantes. Em relação ao meio de prova testemunhal, como há um recorte de fatos pretéritos<sup>32</sup>, a utilização da memória das pessoas que são inquiridas em juízo é salutar, de forma que é possível perquirir acerca da sua falibilidade<sup>33</sup>, pois está sujeita ao esquecimento e contaminações. Ao mesmo tempo em que esta falibilidade da testemunha deve ser um fato a ser considerado, há também fatores extrajurídicos que podem ser levados em consideração pelo julgador, pois a nossa racionalidade é limitada.

As metodologias inerentes à busca da verdade e à produção e valoração da prova oral são pouco desenvolvidas na tomada de decisão judicial. Além disso, a teoria da decisão judicial, isoladamente considerada, não resolve o problema apontado. Em que pese o contexto argumentativo da justificação auxilie na busca pela estabilidade do direito, a partir da prolação de decisões judiciais que esquadrinhem argumentos lançados no pro-

---

heurístico, não assentando a decisão nele tomada necessariamente sobre critérios objetivos – os meios de prova ou a coerência entre as afirmações de facto constantes do processo –, podendo antes ser produto de uma intuição ou qualquer outro método decisório de índole subjetiva”. (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. A prova de estados subjetivos no processo civil. Presunções judiciais e regras de experiência. Coimbra: Almedina, 2016. p.17-18).

29 O indício é admitido como meio de prova no Código de Processo Penal. “Art. 239 Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

30 As presunções também são previstas como meio de prova no Código Civil: “Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] IV – presunção”.

31 Friedrich Stein formula um conceito de máximas de experiência: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos”. (STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. 2. ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999. p. 27)

32 Jordi Ferrer Beltrán destaca: “Una de las afirmaciones más comunes que aparecen en los estudios dogmáticos y filosóficos sobre la prueba jurídica es que en ella se debe determinar que un hecho h sucedió en un momento histórico pasado m”. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007. p.32.

33 Segundo Luís Filipe Pires da Sousa: “Na verdade, se uma testemunha diz que viu A disparar sobre B e este cair morto, este depoimento de per si só prova que a testemunha disse que viu A disparar sobre B e este cair morto. Tal declaração só provará que A matou B se a testemunha disser a verdade (se não tiver sofrido erros de percepção, se não sofrer de erros de memória, se não tiver mentido). Este dado (a testemunha disse a verdade) é o resultado de uma inferência do mesmo tipo da que define a prova indireta. Entre a declaração da testemunha e a fixação da prova do facto existe uma passagem lógica que se consubstancia num juízo de atendibilidade, consistindo este na percepção da idoneidade da declaração em função da correção da percepção e da sinceridade do declarante. Ou seja, mesmo o juízo sobre a atendibilidade de uma fonte de prova representativa está condicionado pelo grau de probabilidade da lei inferencial aplicada, a qual pode ser ‘certa’ com uma lei científica ou simplesmente provável como as regras emergentes da observação da reiteração dos comportamentos humanos”. (SOUSA, Luís Felipe Pires de. Prova por presunção no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2017. p.24-25).

vimento decisório, o contexto da descoberta permanece algo enigmático.

É possível colher um exemplo do Direito Processual Penal para ilustrar a insuficiência da abordagem estritamente jurídica na construção da decisão. O Superior Tribunal de Justiça tem fixado o entendimento de que, no conflito entre a palavra da vítima e as alegações fáticas do acusado, a palavra da vítima deve prevalecer especialmente nos crimes cometidos às escondidas.<sup>34</sup> O estudo dos julgados que tratam do tema não demonstra, contudo, qualquer metodologia ou justificativa, afora a natureza do crime e a qualidade da vítima, para justificar esta atuação.

Por meio de pesquisa empírica que abrangeu diversas regiões do Brasil e com atores oriundos de diversas instituições do sistema de justiça, com resultados consolidados no ano de 2015, merecem destaque dois achados: i) ausência de cientificidade atribuída à prova oral; e ii) da carência de método para a sua colheita, armazenamento e utilização.<sup>35</sup>

A chamada “crise” da prova testemunhal como ferramenta para a construção da decisão judicial tem sido objeto de preocupação tanto no âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – com destaque à Corte Europeia de Direitos Humanos – e tem orientado considerável parcela de estudos sobre a fiabilidade do testemunho em referência ao risco das “falsas memórias”.<sup>36</sup>

#### 4 O COMPORTAMENTO JUDICIAL E POSSÍVEIS FATORES EXTRAJURÍDICOS

A análise do comportamento judicial adentra no âmbito de outras áreas para além do Direito, tais como a economia comportamental e a psicologia experimental.<sup>37</sup> Essas

---

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência em teses. Edição n. 111 – Provas no Processo Penal II. Entendimentos extraídos de julgados publicados até 6 set. 2018. Brasília, 5 out. 2018. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11359/11488>. Acesso em 16 fev. 2024.

35 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Série: Pensando o Direito, n. 59. Brasília: IPEA, 2015.

36 A propósito, destaque-se o que anota Paulesu, quando enumera os casos já apreciados pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a suficiência e falibilidade da prova oral: PAULESU, Pier Paolo. Editorial – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, p. 1066–1092, 2022. Já em relação aos riscos da passagem do tempo para a produção da prova oral, confira-se o que anota Vitor da Cunha Ramos em: Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal: Três propostas sobre o que fazer. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/740>. Acesso em: 16 fev. 2024.

37 Inocência Mártires Coelho destaca: “O futuro das disciplinas não está no aumento da especialização, mas, sim, na interdisciplinaridade e no cruzamento de conhecimentos de vários campos. Nas artes, os gostos e os estilos estão mudando em ritmo acelerado. Os artistas devem manter-se no topo do processo e ser capazes de criar novas formas, sempre mantendo-se à frente das tendências. Em geral, isso requer mais que apenas conhecimentos especializados de determinada forma de arte – demanda o conhecimento de outras artes, até das ciências, e do que está acontecendo no mundo. Em

situações refletem a influência de fatores jurídicos e extrajurídicos que interferem sobre o processo decisório, dentre os quais o material jurídico ortodoxo (normas, precedentes vinculantes e dogmática); a subjetividade dos magistrados (o *background*, os valores morais, a ideologia) e a interação entre os magistrados e outros agentes (os demais colegas, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a imprensa e a opinião pública).

O modelo tradicional conhecido como legalista<sup>38</sup> é aquele em que o julgador utiliza o material jurídico ortodoxo para a tomada de decisão. Segundo este modelo, o processo decisório é formado sem uma maior interferência de outros atores na formação do convencimento do julgador. A partir deste entendimento que remonta à cultura jurídica tradicional, surgiam outras linhas que passaram a apontar, a partir do século XX, possíveis influências na tomada de decisão, seja por meio da política<sup>39</sup>, da ideologia e até mesmo da própria norma. Alguns modelos foram construídos, dentre eles o desenvolvido pelo realismo jurídico norte-americano, o qual prevê o julgamento intuitivo, o qual é pautado por um *hunch* ou palpite.<sup>40</sup>

---

todas essas áreas, exige-se cada vez mais do cérebro humano. Estamos lidando com vários campos de conhecimento, em interação constante com o nosso, e todo esse caos aumentou exponencialmente com a disponibilidade em tempo real de volumes crescentes de informação. Como consequência, todos nós devemos desenvolver diferentes conhecimentos e dominar um vasto conjunto de aptidões, em diversas áreas, além de cultivar a capacidade mental de organizar a ampla variedade de informações. O futuro pertence a quem aprender mais habilidades e for capaz de combiná-las de formas criativas” (COELHO, Inocêncio Mártires. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 183-184).

38 Conforme Patrícia Perrone Campos Mello: “[...]O modelo legalista aposta na primazia do Direito, em sua concepção ortodoxa, como principal fator explicativo das decisões”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.8 n. 2 ago/2018. Brasília: Uniceub, 2011. p.691).

39 Esse entrelaçamento entre Direito e Política é destacado por Barry Friedman, o qual prevê a política como qualquer influência apresentada por instituições legítimas ou um ator político individualmente considerado. Segundo o autor: “[...] ‘Political’ is used here in a broadly encompassing manner, referring to any influence brought to bear by the legitimate institutions and actors of democratic government that reflects something other than the individual judge’s best judgment of the way the law determines a case’s merits”.(FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, [Austin], v. 84, 2005. p.271 – em tradução livre: “O termo ‘político’ é utilizado aqui de forma abrangente, para se referir a qualquer influência exercida pelas instituições e atores legítimos do governo democrático que reflete algo diferente do melhor juízo individual do julgador sobre a forma como a lei determina o mérito de um caso”).

40 Segundo Joseph C. Hutcheson Jr: “I knew, of course, that some judges did follow ‘hunches’ – ‘guesses’ I indignantly called them. I knew my Rabelais, and had laughed over without catching the true philosophy of old Judge Bridlegoose’s trial, and roughly, in my youthful, scornful way, I recognized four kinds of judgments; first the cogitative, of and by reflection and logomancy; second, aleatory, of and by the dice; third, intuitive, of and by feeling or “hunching;” and fourth, asinine, of and by an ass; and in that same youthful, scornful way I regarded the last three as only variants of each other, the results of processes all alien to good judges” (HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. Cornell Law Review, v. 14, 1929.p. 275-276 – em tradução livre: “‘Eu sabia, claro, que alguns juízes seguiam ‘palpites’ – ‘suposições’, eu os chamava indignadamente. Eu conhecia o meu Rabelais e tinha-me rido sem perceber a verdadeira filosofia do julgamento do velho juiz Bridlegoose e, grosseiramente, à minha maneira juvenil e desdenhosa, reconheci quatro tipos de juízos: primeiro, o cogitador, de e por reflexão e logomaniaco; segundo, aleatório, de e pelos dados; terceiro, intuitivo, de e pelo sentimento ou “palpite”; e quarto, asinino, de e por um asno; e, dessa mesma maneira juvenil e desdenhosa, considerava os três últimos apenas variantes uns dos outros, os resultados de processos todos estranhos aos bons juízes”). Também neste sentido: HAIDT, Jonathan A Psicologia Moral e o Direito: Como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. In: NOJIRI, Sergio (org). O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência. Curitiba: Apris, 2019.

Ainda, há o modelo atitudinal ou ideológico, o qual prevê a existência de possíveis vieses políticos e ideológicos na tomada de decisão. Esse modelo é bem explorado no contexto norte-americano em que há dois partidos (democratas e republicanos)<sup>41</sup> que o Presidente nomeia o *Justice* de acordo a sua ideologia<sup>42</sup>.

Por fim, há o modelo estratégico em que a tomada de decisão parte de um conjunto viável de alternativas, à luz das escolhas racionais e da teoria dos jogos. Em relação à primeira teoria, os juízes teriam determinados objetivos e tomam a atitude de acordo com o que acreditam ser o mais apto à obtenção deste objetivo. No que diz respeito à teoria dos jogos, há a dependência da atuação de terceiros e o magistrado tomará a sua atitude com base nas atitudes que espera dos demais. Esse modelo passa por uma análise de economia comportamental e tem como referências Cass R. Sustein e Daniel Kahneman<sup>43</sup>.

Ainda sobre os fatores extrajurídicos, pode ser considerada a opinião pública como agente externo que pode influenciar na tomada de decisão. Em Cortes Constitucionais esta posição é analisada na perspectiva de uma reserva de credibilidade e da construção de um capital político. Tal situação fica mais evidente em casos de processos estruturais e que envolvam as elites políticas<sup>44</sup>.

A partir do reconhecimento de que há fatores extrajurídicos que podem influenciar na tomada de decisão, busca-se fazer um recorte para o âmbito do processo judicial, com vistas à identificação de que a neutralidade na busca da verdade, como finalidade

---

41 De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello: “Segundo os teóricos do modelo ideológico de comportamento judicial, a ideologia dos magistrados constitui o elemento central, determinante da decisão judicial. Sobretudo nos casos difíceis, são os valores e as crenças dos juízes que proporcionam a verdadeira explicação para seus votos. As normas jurídicas, os precedentes judiciais, os métodos de interpretação e aplicação do direito, ou seja, o discurso jurídico que fundamenta o julgado é, na verdade, elaborado a posteriori, depois de tomada a decisão sobre o mérito da causa e apenas para legitimá-la. Em breves linhas, se um juiz for progressista, independentemente da dogmática jurídica, ele tenderá, ilustrativamente, a julgar a favor do direito de minorias, quando confrontado com o direito à igualdade formal invocado pelas maiorias; ou a favor da proteção ao meio ambiente, em situações de conflito deste valor com a livre iniciativa e com o desenvolvimento econômico. Se for conservador, apresentará o comportamento inverso. As convicções pessoais dos julgadores constituem a chave para a compreensão e previsão das decisões judiciais”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 57).

42 Segundo Richard Posner: “Other evidence of a judge’s política! leanings is sometimes used in lieu of the party of the appointing President, such as preconfirmation editoriais discussing the politics or ideology of a judicial nominee. A neglected possibility is a fourfold classification in which the intermediate categories would consist of judges appointed when the President and the Senate majority were of different parties (“divided government”). (POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University, 2008. p.20).

43 Vale destacar as seguintes obras destes autores: THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. Nudge. Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Ângelo Lessa. São Paulo: Companhia das Letras, 2019 e KANHEMAN, Daniel. Rápido e devagar. Duas formas de pensar. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Ainda: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986. p. 123-141.

44 André Rufino do Vale destaca, por meio de entrevista com Ministros do Supremo Tribunal Federal, a possível interferência da opinião pública nos julgamentos. Cf. VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito – Universidade de Brasília p. 322-325. Disponível em [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015\\_AndreRufinodoVale.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf) Acesso em: 16 fev. 2024.

da prova, pode não ser dissociada de subjetivismos. No mesmo sentido, o conjunto probatório existente em um processo, seja na sua produção e/ou valoração, pode apresentar preconceitos nas narrativas processuais<sup>45</sup>.

Nesse contexto, é possível aferir que não há uma efetiva preocupação jurídica com o procedimento de produção de prova, porquanto os atores processuais não têm noção da classe de perguntas aptas, bem como quais as metodologias podem ser utilizadas para facilitar a lembrança de determinado evento.

As capacidades e os limites da memória humana não são levados em consideração, porquanto não se observa que a memória passa por várias etapas. O estudo das provas dependentes da memória é vasto e, nesta seara, o estudo da memória, das técnicas de percepção de verdade e falsidade se espalham em outras áreas do conhecimento<sup>46</sup>.

Quando se trata da prova oral, exsurge a psicologia do testemunho como método para uma melhor efetividade da produção da prova no processo, pois inegavelmente o depoimento de uma testemunha necessita da reconstrução de fatos, os quais podem variar no tempo de acordo com a durabilidade do procedimento. A memória é incompleta porque o indivíduo não pode prestar atenção em tudo que tenha importância do ponto de vista de uma investigação.<sup>47</sup>

Por sua vez, no contexto da valoração da prova oral, também é possível a existência de juízos valorativos por parte do magistrado, o que, de certa forma, denota uma análise preconcebida sobre determinado fato, seja por meio das crenças, convicções ou ideologias. Além desta possível concepção, há também aspectos subjetivos da pessoa que presta o depoimento que poderiam ser levados em consideração para um juízo valorativo, seja positivo ou negativo, da sua versão sobre os fatos<sup>48</sup>.

---

45 Segundo Michele Taruffo: “Uma narrativa dos fatos jamais pode ser (especialmente em um processo) algo já pronto e acabado que cai do céu na mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são construídas por seus atores, frequentemente através de atividades criativas, complexas e sofisticadas. Esta construção não é uma descrição passiva, abstrata ou neutra dos fatos: como já dito, as narrativas constroem os fatos que são contados. De certa maneira, portanto, a construção de uma narrativa por parte do seu autor é também a construção dos fatos que o autor conta”. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p.73).

46 Neste sentido, William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein: “Tais informações não são novas para a literatura da Psicologia do Testemunho, que já conta com um consolidado arcabouço científico, baseado em centenas de pesquisas empíricas ao redor do mundo. Entretanto, o escasso diálogo entre essa ciência e a prática compromete a efetividade do sistema de justiça brasileiro”. (CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; MILNITSKY, Lilian. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* v.8 n. 2, ago. 2018. Brasília: Uniceub, 2011, p. 1064).

47 Luís Filipe Pires de Sousa destaca: “A memória armazena interpretações da realidade e não é um registro da realidade em si, ou seja, a memória é o registro de uma experiência pessoal da realidade. Os dados que percebemos são processados à luz da nossa experiência, preferências, vieses e expectativas. A memória nunca é o registro completo de uma experiência. Na fase da recuperação, os nossos conhecimentos atuais e crenças exercem influência no modo como lembramos o passado. Os nossos pensamentos atuais, crenças e emoções servem como filtros através dos quais interpretamos e potencialmente reescrevemos o nosso passado”. (SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2017. p.10-11)

48 Vitor de Paula Ramos: “A então nascente psicologia do testemunho chegou a fornecer um alerta a respeito de que a oralidade não poderia, num passe de mágica, fazer o juiz ter condições de superar sua condição humana, ingressando nas profundezas da mente dos demais. [...] Não obstante, a processualística posterior balizou toda a valoração da prova testemunhal na crença de que o magistrado deveria ter contato direto com a testemunha para ter condições de formar a

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se uma análise do comportamento judicial à luz de aspectos processuais, notadamente probatórios, nos momentos em que a prova é produzida em juízo e valorada pelo juiz. Nesse itinerário procedimental, podem surgir vários fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão.

As disciplinas de Teoria Geral do Direito muitas vezes não se atentam para uma visão extrajurídica e reproduzem o ordenamento jurídico em uma perspectiva ideal. A construção da norma voltada para a segurança jurídica é elemento essencial para uma estabilidade do Direito, contudo não se deve olvidar de uma análise interdisciplinar, pois há conexão direta do Direito com outras áreas do conhecimento.

O sistema de justiça ainda não atentou efetivamente para estes elementos extrajurídicos que repercutem em um processo judicial, pois os ordenamentos jurídicos ainda reproduzem no direito probatório este ideal de busca da verdade e trazem a ideia em seu conteúdo de uma neutralidade cognitiva. Em certos momentos, ainda que esporádicos, reconhece algum subjetivismo na produção e valoração probatórias, porém não adentra em uma discussão mais específica.

Portanto, o artigo demonstrou que aspectos extrajurídicos situam-se dentro do sentido jurídico de compreensão da abordagem racionalista da prova e devem ser aferidos para uma análise mais completa e abrangente do processo judicial. Tais aspectos são evidenciados por teorias que buscam descrever o comportamento judicial além de uma legalidade estrita. O cenário atual sobre esta análise é incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual não se atentou na constituição de um padrão científico para a busca da verdade do processo judicial, bem como na criação de critérios para se adentar na discussão de possíveis estados subjetivos na produção e valoração da prova acerca dos fatos controversos em uma relação processual.

---

sua ‘opinião subjetiva a respeito do testemunho colhido’, incluindo o ‘exame das reações, da postura e dos gestos que a pessoa depõe’, fatores como a ‘cor das bochechas, os olhos, o tremor ou a consistência da voz, os movimentos [...]’ (RAMOS, Vítor de Paula. Prova testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do isolamento científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.48-49). Neste sentido, Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri: “Para auxiliar o processo de tomada de decisão, utilizamos heurísticas, isto é, atalhos cognitivos que atuam no julgamento como mecanismos simplificadores. Nas palavras de Kahneman: ‘a definição técnica de heurística é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis’. Essas heurísticas costumam ser úteis e podem produzir julgamentos corretos, mas, em determinadas circunstâncias, podem levar a erros graves e sistemáticos de avaliação e controle. Esses erros também podem ser chamados de vieses. Podemos falar em dois tipos de vieses. O primeiro deles se dá quando os erros são cometidos em razão de uma crença explícita ou de uma intenção consciente de agir, de modo que o sujeito esteja ciente da ação e de seus resultados ao tomar uma decisão — nessa hipótese falamos em vieses explícitos”. (ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. Revista Brasileira de Políticas Públicas v.8, n. 2 ago. 2018. Brasília: Uniceub, 2011. p.828-829).

# JUDGMENT AND DECISION-MAKING: LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS

## ABSTRACT

Strictly legal factors are not enough to judicial conviction on facts. The consideration of extra-legal factors, however, does not contradict the rationalist approach to evidence. The paper problematizes the subjective state of the judge in the production and valuation of evidence. It aims to elucidate the judge's limitations and cognitive biases. It argues that extra-legal factors for the decision are within the rationalist approach to evidence and the legal field, although outside strict legality. The methodology is deductive, with literature review and comparison of categories with practice, notably on the valuation of evidence combined with contributions from other areas of knowledge.

**Keywords:** truth; process; standards of proof; judicial behavior.

## REFERÊNCIAS

AGUILERA GARCÍA, Edgar Ramón. Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. **Quaestio facti**. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, v. 3, n. 0, 2022. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22733>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** v.8, n. 2, Ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Série: Pensando o Direito, n. 59. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf). Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Jurisprudência em teses**. Edição n. 111 – Provas no Processo Penal II. Entendimentos extraídos de julgados publicados até 6 set.

2018. Brasília, 5 out. 2018. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11359/11488>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 20 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; MILNITSKY, Lilian. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.8 n. 2, ago/2018. Brasília: Uniceub, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, [Austin], v. 84, 2005.

HAIDT, Jonathan. A Psicologia Moral e o Direito: Como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. In: NOJIRI, Sergio (org). **O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. Curitiba: Apuris, 2019.

HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**, v. 14, 1929.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v.8, n. 2, ago. 2018. Brasília: Uniceub, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

PAULESU, Pier Paolo. Editorial – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding:

protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 3, p. 1066–1092, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/757>. Acesso em: 16 fev. 2024.

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University, 2008.

RAMOS, Vitor de Paula. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal: Três propostas sobre o que fazer. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 3, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/740>. Acesso em: 16 fev. 2024.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do isolamento científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. 8. tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova por presunção no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Tradução de Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil. Presunções judiciais e regras de experiência**. Coimbra: Almedina, 2016.

EL SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA  
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTERCUL-  
TURALIDAD Y SU COMPARATIVA CON EL  
SISTEMA PENAL DE CORTE OCCIDENTAL

*O SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA  
NA PERSPECTIVA DA INTERCULTURALIDADE  
E SUA COMPARAÇÃO COM O SISTEMA PENAL  
DA CORTE OCCIDENTAL*



# EL SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTERCULTURALIDAD Y SU COMPARATIVA CON EL SISTEMA PENAL DE CORTE OCCIDENTAL<sup>1</sup>

*O SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA NA PERSPECTIVA DA INTERCULTURALIDADE E SUA COMPARAÇÃO COM O SISTEMA PENAL DA CORTE OCIDENTAL*

*Ericka Stephanía González Salguero<sup>2</sup>*

## RESUMEN

El sistema sancionador indígena y el sistema penal occidental presentan diferencias significativas, especialmente desde la perspectiva de la interculturalidad. Los sistemas sancionadores indígenas se basan en cosmovisiones y valores comunitarios, donde la justicia se centra en la reparación del daño y la restauración de la armonía social. En contraste, el sistema penal occidental se enfoca en la individualización de la culpa y la imposición de penas como forma de castigo y disuasión. Desde la perspectiva intercultural, es crucial reconocer y respetar las diferencias culturales en la administración de justicia. Los sistemas indígenas valoran la participación comunitaria y la resolución de conflictos a través del diálogo y la mediación. En comparación, el sistema penal occidental tiende a ser más formal y burocrático, con un enfoque en la aplicación de la ley y el mantenimiento del orden público. Este sistema puede ser menos flexible y menos adaptado a las particularidades culturales de las comunidades indígenas. La interculturalidad en el derecho penal implica un reconocimiento de la diversidad cultural y la necesidad de adaptar las prácticas judiciales para ser más inclusivas y respetuosas de las tradiciones indígenas. Esto puede incluir la incorporación de prácticas de justicia restaurativa y la participación de líderes comunitarios en los procesos judiciales. En resumen, mientras que el sistema penal occidental se centra en la retribución y la disuasión, el sistema sancionador indígena prioriza la reparación y la cohesión social. La perspectiva intercultural destaca la importancia de integrar ambos enfoques para lograr una justicia más equitativa y respetuosa de la diversidad cultural.

**Palabras clave:** sistema sancionador indígena; interculturalidad; sistema penal; corte occidental.

---

1 Data de Recebimento: 05/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

2 Dra. Magíster en Derecho Penal - Universidad de Sevilla. Fiscal Letrada Adscripta-Fiscalía General de la Nación, Uruguay.

## 1 CITA EXPRESA DE LA SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS: T-196/15 DE LA SALA PRIMERA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

(...) Sostiene que el Señor Juan fue declarado culpable por mantener una relación sentimental con una menor de (18) años, lo que llevó a que fuese condenado a seis (6) años de trabajo comunitario, quince (15) fuetazos ante la asamblea pública, la posibilidad de permanecer en la comunidad hasta que su compañera lo defina, la obligación de participar de las actividades de capacitación que programe el cabildo o la organización indígena, la prohibición de acercarse a la niña, y el deber de hacerse cargo de la manutención de esta y el hijo que aquella esperaba, quienes quedaron bajo el cuidado del cabildo (...) <sup>3</sup>

(...) Por medio de memorial allegado el veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), el señor César respondió al oficio remitido por esta Corporación. En relación con el cumplimiento de la pena impuesta por las autoridades al señor Juan, el gobernador señaló que se habría hecho efectiva por lo menos la parte relativa a los quince (15) fuetazos con látigo armonizado y un (1) mes y dos (2) días de trabajo comunitario, cumplidos entre el día del juicio y el dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012), que fue cuando el señor Juan fue capturado por las autoridades de la justicia ordinaria (...) <sup>4</sup>

En torno al juzgamiento de delitos por parte de las autoridades de la comunidad indígena, manifestó que su justicia involucra un elemento material y un elemento espiritual, estando el primero a cargo de las autoridades políticas del cabildo y el segundo en manos de las autoridades espirituales, que se enfocan en el manejo de la relación con la naturaleza a través de ritos y prácticas culturales, cuyo objetivo es el equilibrio y armonización del universo. Luego de evaluada esta situación, se procede a un juicio público que consiste en una asamblea comunitaria donde se expone el resultado de las investigaciones realizadas por ambos tribunales. En dicha asamblea también está presente la persona sometida a juicio, quien luego de ser valorado con base en criterios como la reincidencia y el grado de arrepentimiento verdadero es sometida al veredicto (...)

---

3 Sentencia T-196/15. De la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. P. 3. REFERENCIA EXPEDIENTE T-4647595 Acción de Tutela instaurada por César, actuando como representante legal del Cabildo Indígena Colombia, contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido.

4 Sentencia T-196/15 fs.11.

(...) A paso seguido, expuso el procedimiento por medio del cual se juzgó al señor Juan. Indicó que el veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012), la señora Jennifer interpuso una denuncia contra aquel, toda vez que descubrió que su hija estaba en estado de embarazo fruto de relaciones sexuales con el señor Juan. Con base en ello, las autoridades tradicionales del cabildo iniciaron una investigación en relación con la familia, que estaba compuesta por siete miembros desplazados por la violencia, que habían salido del resguardo en búsqueda de trabajo por temporadas y luego regresaban, por lo que se encontraban viviendo por fuera del resguardo cuando se tuvo conocimiento de los hechos. A su vez, expresó que luego de cuatro (4) meses de investigación, donde se tomaron declaraciones, se llegó a juicio ante la asamblea comunitaria, en el cual fue condenado el señor Juan y se le impuso sanción. Expresan que la condena del resguardo deberá cumplirla una vez salga de la cárcel. De otro lado, señalan que el conjunto de autoridades tradicionales y ancestrales presentó su culpabilidad ante la asamblea, que decidió aprobar dicha decisión de forma democrática y, en este caso, unánime (...) <sup>5</sup>

## 2 RELATO DE HECHOS

El representante legal del Cabildo Indígena de Colombia (identificado en la Sentencia como “CESAR” nombre ficticio a fin de salvaguardar el derecho a la intimidad de la niña, víctima del delito) se presentó ante la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional promoviendo una acción de Tutela, solicitando la revisión del fallo dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía Seccional Puerto Escondido-Valle del Cauca, debido a un conflicto de competencias entre dicho Juzgado y las autoridades de la Comunidad Indígena, pues el Juzgado había condenado a un integrante de la comunidad, pese a que el mismo ya había sido condenado por la comunidad y solicitaba, en definitiva, que el comunero, quien se encontraba privado de libertad, fuera devuelto a la comunidad indígena a fin de que éste cumpliera la condena que le fue impuesta.

El comunero, identificado en la Sentencia como “Juan”, miembro de la comunidad indígena, había mantenido durante meses una relación sentimental con una menor de 13 años de edad, MARIANA, también miembro de la comunidad, la que resultó embarazada fruto de esa relación.

---

<sup>5</sup> Sentencia T-196/15 fs. 12

La niña era hija de “JENNIFER”, pareja permanente del acusado con quien convivía, la cual al tomar conocimiento de la relación entre su pareja y su menor hija formuló la denuncia ante las autoridades del resguardo, quienes iniciaron una investigación que culminó con el Juzgamiento de Juan, tras haber llevado a cabo la AUDIENCIA COMUNITARIA.

Pese a haber sido condenado por la comunidad, la Fiscalía solicitó orden de captura a su respecto, tras tomar conocimiento de los hechos y lo sometió a un proceso penal conforme el Derecho Penal de la jurisdicción ordinaria, por la comisión de un concurso homogéneo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravados, situación por la cual el procesado se encontraba privado de la libertad, pues la Fiscalía y el Juzgado entendían que por tratarse la víctima de una menor de edad la competencia era la ordinaria y no la especial de la comunidad.

A su vez, respecto de la privación de libertad de Juan, según surge informado en la Sentencia, la misma no se encontraba respetando la cultura de la comunidad a la cual pertenecía el imputado, sino que se encontraba recluido con el resto de los privados de libertad que no pertenecían a la cultura indígena.

Para finalizar con el relato de los hechos del caso analizado, me resulta importante mencionar que la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, y los Magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez dispuso que se debía tutelar el derecho fundamental de la comunidad indígena y respetar el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, dejando sin efecto el proceso penal de Juan, el cual debería ser entregado inmediatamente al Cabildo Indígena Colombia para que el mismo se ocupe del cumplimiento de la sanción impuesta por la comunidad.

### **3 PRINCIPIOS, DELITOS, PENAS Y OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO INDÍGENA DERIVADOS DEL CASO EXAMINADO**

En primer lugar y a fin de lograr una comprensión del sistema sancionador indígena, tal como lo enseñó el Profesor Borja en sus clases, debo mencionar los principios propios de las claves propias antropológicas que describen a la Comunidad Indígena como tal y que la distinguen de las sociedades occidentales, los cuales son las siguientes:

1 - La relación entre el ámbito público y lo privado, relación que es nítida y a veces nula en algunas comunidades, ya que los integrantes de las comunidades están sometidos al control social de la comunidad viendo disminuído su ámbito privado. Esta relación marca la diferencia del significado de la dignidad humana para las comunidades indígenas de lo que significa para las sociedades occidentales, las cuales tienden al indi-

vidualismo y al concepto de dignidad del ser humano desde su nacimiento por el hecho de ser tal. Para las comunidades, en cambio, la dignidad humana, si bien la tiene cada uno, la misma adquiere fortaleza por grupo de pertenencia a la comunidad indígena.

2 - La relación entre el individuo con la naturaleza; en las comunidades indígenas el individuo es la naturaleza y se encuentra muy vinculado al territorio, a la idea de la tierra madre, lo que los motiva a respetar y venerar a la naturaleza, por la cual circulan libremente.

3 - Cosmovisión de la vida: Refiere a la forma en que las comunidades indígenas ven al mundo, muchas veces concebido de una “forma mágica” y espiritual, lo cual marca la diferencia con los sistemas occidentales los que son racionales y empíricos.

4 - Principio de supervivencia, es la última clave antropológica y la misma refiere a los lazos que unen a la comunidad motivados por el miedo a desaparecer como tal.

### **3.1 Otros principios aplicables**

Si bien en el sistema sancionador Indígena no podemos hablar del principio de legalidad, pues no cumple con el requisito de ley previa y escrita, conocido por el aforismo latino del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, debido a que el derecho por el que se rigen es el derecho consuetudinario, el cual es aprendido por los integrantes de la comunidad generación tras generación, a éstas comunidades si le es aplicable el fundamento mismo de dicho principio que es el de seguridad jurídica ya que el ordenamiento sancionador indígena cuenta con carácter democrático y con el principio de igualdad, al igual que en el principio de legalidad.

Tampoco podemos aplicar el principio de culpabilidad, pero si el binomio libertad-personalidad, según el cual cuanto más libertad mayor responsabilidad. El principio del equilibrio es aplicable al caso; el mismo es motivado por la necesidad de la comunidad de evitar conflictos internos que atenten contra la integridad de la comunidad, poniendo en riesgo su existencia (ya sea por guerras internas u otros conflictos). Por ello este principio busca lograr la mediación entre las partes, busca un equilibrio, para no excederse en la sanción pero a su vez lograr una reparación a las víctimas.

Otro Principio es el de reintegración a la comunidad: Por la misma motivación mencionada anteriormente, la comunidad indígena procura que el individuo sea reintegrado en su comunidad, ya que de perder a un integrante seguro pierda a toda la familia del mismo y así pone en riesgo la existencia de la comunidad. A este se suma el Principio de Supervivencia, justamente para que no se ponga en peligro la propia supervivencia de la comunidad.

Del análisis del caso en particular se desprende que son aplicables también los prin-

principios de debido proceso, presunción de inocencia, proporcionalidad y elasticidad.

El principio del debido proceso porque, si bien no hay juez, abogado, fiscal, si hay una parte que acusa, una que defiende y una que juzga y para casos de delitos graves como el que analizamos, se ve involucrada toda la sociedad al momento de determinar la sanción. Tampoco puede haber sanción sin pruebas, lo que me lleva al principio de presunción de inocencia, pues en las comunidades también se lo presume inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Hay debido proceso porque el imputado tiene garantías; como escribe el profesor “El mínimo de ese debido proceso transita por garantías fundamentales del derecho a la defensa, el principio de presunción de inocencia, la contradicción y la imparcialidad del juzgador, entre otros.”<sup>6</sup>

El Principio de Proporcionalidad también es aplicable al caso estudiado, teniendo en cuenta que la pena aplicada por la comunidad es acorde y proporcional al delito, pues en los ordenamientos sancionadores indígenas la gravedad de la pena es acorde a la gravedad del delito como también es proporcional el proceso seguido contra los comuneros ya que a mayor gravedad del delito el proceso es más garantista: en el caso planteado la pena fue dispuesta por asamblea de toda la comunidad, lo cual no ocurriría en una pena de multa, ya que ahí el proceso sería más simple.

En cuanto a la pena, la misma cumple con el principio de elasticidad, el que está vinculado con el principio de respeto a la integridad física, según el que se violaría el principio si la coerción dejare una huella indeleble en el ser humano; con este principio se aceptarían las penas que implican un castigo físico como el analizado, a quien se le impusieron 15 fuetazos (inaceptable como pena en el sistema occidental). En cuanto al delito, se trata de un delito que se encuentra dentro del catálogo de los delitos del mundo occidental, pues se configuró un delito sexual; donde si hay diferencia es en cuanto a la pena impuesta ya que se le impuso la pena de seis (6) años de trabajo comunitario, quince (15) fuetazos ante la asamblea pública, la posibilidad de permanecer en la comunidad hasta que su compañera lo defina, la obligación de participar de las actividades de capacitación que programe el cabildo o la organización indígena, la prohibición de acercarse a la niña, y el deber de hacerse cargo de la manutención de esta y el hijo que aquella esperaba.

Esta sanción establecida por el ordenamiento jurídico indígena es completamente diferente a la pena que se impondría en el sistema occidental, puesto que estas penas son acordes a la ideología indígena, a su forma de ver y entender el mundo y que procura un equilibrio tendiente a resarcir a las víctimas. Cabe mencionar aquí, que surge

---

<sup>6</sup> Emiliano Borja Jimenez. El fundamento intercultural del Derecho Penal. pág. 309.

de la sentencia una declaración de la víctima y de la denunciante las cuales solicitaban que el condenado fuera transferido a la comunidad a fin de que el mismo continuara cumpliendo allí la sanción que ya le habría sido impuesta por la comunidad. Esta sanción, que procura el equilibrio, no se encontraba cumpliendo su cometido pues estando privado de su libertad, la víctima estaba siendo perjudicada al no percibir la reparación que le correspondía.

En cuanto a la pena de 15 fuetazos ante la asamblea pública, como ya mencioné al referirme al principio de elasticidad, inaceptable en el sistema occidental, es completamente aceptable en el sistema de la comunidad indígena pues guarda sentido con el elemento espiritual de la sanción. Así lo explica la Dra. Myrna Villegas Díaz

(...) respecto de la significación que tiene la pena para la comunidad y para el sujeto mismo, en no pocas ocasiones las penas tienen un sentido más bien purificador. Tal sucede por ejemplo, respecto de la aplicación de penas corporales como las de fute (Colombia), los latigazos, el baño de agua fría y la ortiga (Chimborazo, Ecuador). En ellas el infractor es castigado en presencia de toda la comunidad, a fin de que comprenda que su hecho ha afectado el equilibrio de todos, cada golpe (generalmente aplicado por algún familiar del penado o alguna persona a quien la comunidad le reconozca autoridad) va acompañado de un consejo (en este sentido es una pena correctiva). Luego, es ortigado y/o bañado con agua fría. En opinión de Borja, estos últimos no tienen carácter de pena, sino de verdaderos métodos rituales para la obtención de la confesión y el nacimiento del arrepentimiento (...)<sup>7</sup>

#### **4 PRINCIPIOS, DELITOS, PENAS Y OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL OFICIAL SI HIPOTÉTICAMENTE SE HUBIERA APLICADO AL CASO ENJUICIADO**

Al tratarse el caso seleccionado de uno particular, ya que el sujeto fue doblemente sometido a proceso pues luego de haber sido sancionado por su comunidad indígena fue sometido también a proceso por el Derecho Penal Oficial de Colombia quien lo privó de su libertad, surge por tanto de la Sentencia la calificación del delito aplicado: concurso homogéneo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravados. Lo que si puede llegar a concluirse es que el delito existe en ambos sistemas

---

<sup>7</sup> Dra. Myrna Villegas Díaz. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el AZ MAPU?” . Política Criminal versión on line ISSN 0718-3399.

jurídicos, tanto en el oficial como en el especial, delito de contenido sexual con una menor de edad como víctima. Distinto ocurre con las penas: la pena aplicada en el sistema oficial y que de hecho le fue aplicada al comunero, fue la privación de libertad, la cual difiere completamente con el sistema especial el que no tiene previsto la privación de libertad como sanción, debido a lo que significa la pena para la comunidad, el sentido de la misma y la relación de los individuos con la naturaleza. El contenido material pero también simbólico y espiritual de la pena en el sistema indígena no puede ser obtenido con la privación de libertad.

En cuanto a los principios aplicables en el sistema occidental podemos ver el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas, el principio de igualdad, principio del debido proceso, principio de intervención mínima, proporcionalidad, presunción de inocencia, los cuales paso a desarrollar brevemente ya que muchos han sido mencionados anteriormente.

El principio de legalidad es uno de los principios fundamentales en el derecho occidental, basado en una triple fundamentación de que no hay delitos si la ley previa, escrita y estricta, publicada y puesta en conocimiento de todos los ciudadanos, los que deben tener conocimiento de la misma, del delito, de la sanción para así determinar en el uso de su libre albedrío, cual es la conducta que va a realizar, sabiendo que si realiza la conducta prohibida tendrá como consecuencia una sanción; esto es la seguridad jurídica, derivada del principio de legalidad.

El principio de igualdad que implica que las normas que tipifican delitos y conllevan una sanción son aplicadas a todos por igual. A mismo delito misma pena.

Principio de culpabilidad según el cual es culpable quien lleve a cabo un hecho típico, antijurídico y culpable, siempre que sea responsable de sus actos. Solo al hallado culpable en un debido proceso podrá aplicársele una pena, a él y no a otro, de ahí el principio de personalidad de las penas; pena la cual debe ser proporcional al delito.

Durante el proceso, hasta que se demuestre lo contrario y hasta que el juez determine la culpabilidad, todo ciudadano debe ser tratado como inocente (principio de inocencia) y la culpabilidad debe haber sido determinada luego de un debido proceso penal en el cual el imputado tenga derecho a la debida defensa.

Por último, el principio de intervención mínima, que establece que el derecho penal solo debe proteger los bienes jurídicos sometidos a la tutela, lo que nos lleva al principio de lesividad y la idea del derecho penal como la constitución en negativo.

Todos estos principios que eran considerados como fundamentales y de carácter universal, ha quedado de manifiesto que no son universales, en su mayoría, ya que los mismos no son aplicables en sistemas subculturales como lo es el sistema sancionador indígena.

## 5 CONCLUSIÓN

Como hemos ido analizando, no todos los fundamentos, principios, delitos y penas son comunes entre el sistema aborigen y el sistema penal oficial; es decir, algunos aplicables al sistema penal oficial no le son aplicables al sistema aborigen, pero también existen algunos del sistema aborigen que le son propios y que no tienen aplicación en el sistema occidental. Ya los mencioné anteriormente pero me referiré a algunos.

Comenzando por los principios fundamentales del derecho occidental como los principios de legalidad y culpabilidad, los mismos no son aplicables al sistema aborigen, pero si lo es, en el caso del principio de legalidad, el fundamento mismo del que es la seguridad jurídica, ya que si bien el sistema sancionador aborigen no tiene una ley escrita, si tiene un sistema consuetudinario el cual se transmite de generación tras generación. También es un sistema democrático, como hemos visto, ya que involucra a toda la comunidad.

Así como el sistema universal tiene sus principios fundamentales, el sistema sancionador indígena también los tiene, entre ellos los principios propios de las claves propias antropológicas que describen a la Comunidad Indígena como tal y que la distinguen de las sociedades occidentales y los principios del equilibrio, de reintegración a la comunidad y el principio de supervivencia.

En cuanto a los delitos, muchos de los comportamientos definidos como tal en el catálogo de delitos universal le son aplicables al sistema indígena (homicidio, delitos sexuales, hurtos, etc..) así también hay delitos propios en cada sistema como pueden ser los delitos informáticos por ejemplo, o los delitos de las nuevas tecnologías los que lógicamente no existen en los sistemas indígenas, como también hay delitos propios del sistema indígena que no son aplicables en el sistema occidental como la hechicería, el adulterio y la ociosidad, fundamentados ellos en el sentido de ser miembro de la comunidad y el principio de supervivencia, pues estos delitos rompen el equilibrio de la comunidad lo que va contra los intereses generales de la misma.

Las penas también son diferentes en los sistemas; el sistema sancionador indígena aplica en sus sanciones castigos físicos como los fuetazos, los baños de agua helada, los que son inconcebibles en el sistema occidental pero tienen gran importancia en el sistema especial indígena y la sanción más grave en estos sistemas que es la expulsión del miembro de la comunidad.

La pena privativa de libertad, aplicada en el sistema occidental es algo que no existe en el sistema indígena, no se puede concebir a una persona encerrada como pena, debido a la relación del individuo con la naturaleza y por el criterio antropológico de las comunidades, que buscan el perdón y el arrepentimiento.

En cambio, existen sanciones similares en ambos sistemas occidental y especial, propias del sistema indígena y que son cada vez más utilizadas en los occidentales, que son las penas en favor de las víctimas, las reparaciones y los trabajos comunitarios.

En cuanto al proceso me gustaría agregar que si bien no hay un juez en el sistema sancionador indígena, tiene gran importancia el consejo de ancianos que si bien no son jueces asesoran a la asamblea de la comunidad y a las partes en el proceso respecto de los delitos y de las penas. Como ya vimos en las comunidades hay democracia y cuanto más grave el delito más garantista es el proceso puesto que en esos casos interviene toda la comunidad, con la ayuda del consejo de ancianos.

Para finalizar me gustaría hacer una última conclusión sobre la Sentencia que he analizado y es que existió un grave desconocimiento del ordenamiento jurídico indígena por parte del sistema penal general, ya que no sólo no tuvieron en cuenta que el comunero ya había sido sancionado, sino que también desconocieron la capacidad de independencia jurídica de la comunidad, al entender que por tratarse de un delito sexual hacia una menor la comunidad no tenía la competencia en el asunto al no haber respetado los principios constitucionales del país. Pero me pregunto: si el comunero fue sancionado dentro de la comunidad como es que no se estaba respetando el principio constitucional de protección a los niños? eso no fue así; como tampoco respetaron al sentimiento indígena del comunero al privarlo de su libertad, lo que equivale a privarlo de su dignidad entendida ésta como parte integrante de una comunidad, disociando al individuo de su ámbito natural, de sus costumbres, de su territorio ya que fue encerrado como un prisionero más.

Justamente, el avasallamiento sobre el derecho jurisdiccional de la comunidad fue lo que determinó que la Corte dejara sin efecto el proceso y devolver al comunero a la comunidad para que cumpliera allí la sanción que le fue impuesta por el sistema especial.

## **O SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA NA PERSPECTIVA DA INTERCULTURALIDADE E SUA COMPARAÇÃO COM O SISTEMA PENAL DA CORTE OCIDENTAL**

### **RESUMO**

O sistema sancionatório indígena e o sistema penal ocidental apresentam diferenças significativas, especialmente do ponto de vista da interculturalidade. Os sistemas de sanções indígenas baseiam-se em visões de mundo e valores comunitários, onde a justiça se concentra na reparação de danos e na restauração da harmonia social. Em contraste, o sistema penal ocidental centra-se na individualização da culpa e na imposição de

penas como forma de punição e dissuasão. De uma perspectiva intercultural, é crucial reconhecer e respeitar as diferenças culturais na administração da justiça. Os sistemas indígenas valorizam a participação comunitária e a resolução de conflitos através do diálogo e da mediação. Em comparação, o sistema penal ocidental tende a ser mais formal e burocrático, com foco na aplicação da lei e na manutenção da ordem pública. Este sistema pode ser menos flexível e menos adaptado às particularidades culturais das comunidades indígenas. A interculturalidade no direito penal implica o reconhecimento da diversidade cultural e a necessidade de adaptar as práticas judiciais para serem mais inclusivas e respeitadoras das tradições indígenas. Isto pode incluir a incorporação de práticas de justiça restaurativa e o envolvimento dos líderes comunitários nos processos judiciais. Em suma, enquanto o sistema penal ocidental se centra na retribuição e na dissuasão, o sistema de sanções indígena dá prioridade à reparação e à coesão social. A perspectiva intercultural destaca a importância de integrar ambas as abordagens para alcançar uma justiça mais equitativa e o respeito pela diversidade cultural.

**Palavra-chave:** sistema sancionatório indígena; interculturalidade; sistema penal; corte ocidental.

## REFERÊNCIAS

Sentencia T-196/15. De la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. Pág 3. REFERENCIA EXPEDIENTE T-4647595 Acción de Tutela instaurada por César, actuando como representante legal del Cabildo Indígena Colombia, contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido.

Jimenez, Emiliano Borja. El fundamento intercultural del Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, ISSN 0210-3001, Tomo 62, Fasc/Mes 1, 2009, págs. 283-311.

Díz, Myrna Villegas. **Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el AZ MAPU?** Política Criminal versión on line ISSN 0718-3399.



JUSTICIA ALTERNATIVA Y PRISIÓN  
PREVENTIVA OFICIOSA: EL MITO  
DE SU ANTAGONISMO

*JUSTIÇA ALTERNATIVA E PRISÃO  
PREVENTIVA OFICIAL: O MITO DO  
SEU ANTAGONISMO*



# JUSTICIA ALTERNATIVA Y PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA: EL MITO DE SU ANTAGONISMO<sup>1</sup>

*JUSTIÇA ALTERNATIVA E PRISÃO PREVENTIVA OFICIAL:  
O MITO DO SEU ANTAGONISMO*

*Héctor Carreón Perea<sup>2</sup>*

## RESUMEN

En el proceso penal surgen disyuntivas sobre la viabilidad de la autocomposición de controversias en el marco de la aplicación de medidas punitivas como la prisión preventiva oficiosa. Este trabajo propone analizar los supuestos y requisitos de procedencia de un mecanismo alternativo frente a manifestaciones coercitivas del poder estatal, a fin de incorporar un enfoque de resolución de los conflictos que respete las necesidades tanto de la víctima como de la persona ofensora.

**Palabras Clave:** justicia alternativa; prisión preventiva; mecanismos alternativos de solución de controversias.

## 1 INTRODUCCIÓN

El 19 de febrero de 2021 se llevó a cabo una reforma al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo CNPP), a través de la cual no solo se ampliaron los supuestos de procedencia de la medida punitiva de prisión preventiva oficiosa o automática, también se agregaron al final de esta norma tres párrafos que regulan la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias no obstante que se haya determinado la restricción de la libertad personal durante el proceso penal.

Estas modificaciones legales se motivaron a raíz de la perniciosa reforma constitucional al artículo 19 en materia de prisión preventiva oficiosa, cuya legitimación tanto a nivel constitucional como de la legislación procesal penal le han otorgado “una función

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 05/03/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Investigador Nacional Nivel I ante el Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores del CONAHCYT-México. Profesor de posgrado en el INACIPE, la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (Ciudad de México), la Universidad Panamericana (Campus Guadalajara) y la Escuela Libre de Derecho (Ciudad de México). Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología y de la Asociación Internacional de Fiscales. ORCID: 0000-0001-5207-6507. E-mail: hectorcarreon@gmail.com X: @HectorCarreonP.

punitiva no manifiesta o con función latente eventualmente punitiva”<sup>3</sup>, de ahí que su inconveniencia salte a la vista a propósito de las resoluciones que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano, a saber, Casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, y que fueron aceptadas por el Poder Judicial de la Federación<sup>4</sup>.

Sin embargo, poco se ha reflexionado sobre los alcances que puede tener la aplicación de un mecanismo alternativo de solución de controversias en circunstancias de detención interlocutoria en el proceso penal, con independencia de que se trate de una medida de carácter punitivo como la prisión preventiva oficiosa o cautelar como la prisión preventiva justificada.

## 2 EL USO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS COMO SUPUESTO QUE MOTIVA LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Los párrafos que se adicionaron al final del artículo 167 del CNPP fueron los siguientes:

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad o bien, cuando exista voluntad de las partes para celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, siempre que se trate de alguno de los delitos en los que sea procedente dicha forma de solución alterna del procedimiento. La solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Fiscalía o de la persona servidora pública en la cual delegue esa facultad.

Si la prisión preventiva oficiosa ya hubiere sido impuesta, pero las partes manifiestan la voluntad de celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, el Ministerio Público solicitará al juez

3 V. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. México: Porrúa, 2001, p. 837.

4 Cfr. Tesis: X.P. J/1 P (11a.), T.C.C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Tomo V, octubre de 2023, p. 4694. Reg. digital 2027539, Rubro: PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. EL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN LA PORCIÓN QUE LA REGULA ES INCONVENIENTE, DE CONFORMIDAD CON LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO VS. MÉXICO. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027539> (Fecha de consulta: 29 dic. 2023).

la sustitución de la medida cautelar para que las partes concreten el acuerdo con el apoyo del Órgano especializado en la materia.

En los casos en los que la víctima u ofendido y la persona imputada deseen participar en un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias, y no sea factible modificar la medida cautelar de prisión preventiva, por existir riesgo de que el imputado se sustraiga del procedimiento o lo obstaculice, el o la Juez de Control podrá derivar el asunto al Órgano especializado en la materia, para promover la reparación del daño y concretar el acuerdo correspondiente.

De acuerdo con el primer párrafo transcrito, pueden concurrir dos supuestos que propiciarían la posible sustitución de la prisión preventiva impuesta oficiosamente:

a) Cuando no resulte proporcional dicha medida para garantizar los fines del proceso (el correcto establecimiento de la verdad material y la aplicación de la ley penal sustantiva), los cuales se materializan a través de la comparecencia de la persona investigada en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad.

b) Cuando sea procedente la aplicación de un mecanismo alternativo de solución de controversias que conduzca a un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato.

Antes de entrar al análisis del segundo supuesto cabe hacer una reflexión preliminar. Se afirma que será procedente la aplicación de un mecanismo alternativo (p. ej. mediación o conciliación) y no de una solución alterna (p. ej. acuerdo reparatorio), puesto que el artículo 1º de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMA SCMP) establece la interdependencia y complementariedad que debe prevalecer en la sustanciación de ambas figuras procesales:

Las disposiciones de esta Ley son de orden público e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y tienen por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de **los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable.**

Asimismo, este segundo supuesto (inciso “b”) es claro al determinar que la modificación o sustitución de la *prisión preventiva oficiosa* es viable si el mecanismo

alternativo conduce a un acuerdo reparatorio, lo cual, en nuestro criterio garantizaría dos propósitos esenciales:

1. Proteger el derecho que tienen las personas intervinientes (víctima u ofendido y persona investigada o acusada)<sup>5</sup> para solicitar la aplicación de un mecanismo alternativo que conduzca a dicha solución alterna. Lo anterior, de conformidad con los artículos 109 fracción X (Derechos de la víctima u ofendido)<sup>6</sup>, así como 117 fracción X (Obligaciones del defensor)<sup>7</sup>, ambos del CNPP.

2. Motivar que la persona Agente del Ministerio Público cumpla con su obligación de promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, como lo dispone el artículo 131 fracción XVIII del CNPP<sup>8</sup>.

### 3 REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE UN MECANISMO ALTERNATIVO

Se deben cumplir los siguientes requisitos para que sea procedente la aplicación de un mecanismo alternativo que conduzca al acuerdo reparatorio en el marco de la *prisión preventiva oficiosa*, los cuales se desarrollan a continuación:

a) Consultar que la persona investigada o acusada no haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio o celebrado alguno anteriormente por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos o de violencia familiar (artículo 187 del CNPP).

b) Que se garantice el principio de voluntariedad entre las personas intervinientes (artículo 4 fracción I de la LNMASCMP).

Ello implica verificar que existe voluntad de las y los intervinientes para participar en un mecanismo alternativo de solución de controversias. Es decir, que su participación sea por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación.

c) Verificar que las obligaciones que contraigan las personas intervinientes en el acuerdo reparatorio sean de cumplimiento inmediato.

Recordemos que hay obligaciones de cumplimiento diferido, por ello, es importante que se verifique que éstas se realizarán de manera inmediata. A manera de ejemplo, que se pague el daño causado en una sola exhibición cuando se trate de delitos patrimoniales sin violencia como el robo a casa habitación.

---

5 Es dable mencionar que los intervinientes participan en calidad de solicitante o requerido en los mecanismos alternativos, y pueden ser personas físicas o morales (artículo 3 fracciones VI, XI y XIII de la LNMASCMP), de ahí que también se retome el concepto de ofendido como lo prevé el artículo 108 del CNPP.

6 “A participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias”.

7 “Promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables”.

8 “Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables”.

d) Se constate que el delito o delitos que se investigan, coincidan con los supuestos de procedencia de un acuerdo reparatorio conforme lo establece el artículo 187 del CNPP: delitos patrimoniales cometidos sin violencia; aquellas conductas que se investigan con base en el requisito de procedibilidad de querrela o bien que acepten la forma de comisión culposa.

A menudo se afirma que, en relación a los hechos delictivos asociados a la imposición oficiosa de la prisión preventiva, la procedencia de un mecanismo alternativo es inviable debido a la gravedad y afectación que producen estas conductas.

No obstante, este tipo de criterios son imprecisos ya que la aplicación de un mecanismo alternativo se sujetará a los casos de procedencia de cada solución alterna y no a la consideración subjetiva de que el hecho sea grave<sup>9</sup>, tal es el caso de conductas como el robo al transporte de carga o a casa habitación, o de algunos tipos penales contemplados en la *Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Hidrocarburos* que, si bien han sido objeto de la imposición de la prisión preventiva oficiosa, éstos también son de naturaleza patrimonial y pueden cometerse sin violencia, o bien, aceptan el requisito de procedibilidad de querrela para su investigación.

#### **4 ESCENARIOS CONCURRENTES EN LA APLICACIÓN DE UN MECANISMO ALTERNATIVO RESPECTO A LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA**

- **Se sustituye o modifica la prisión preventiva**

Recordemos que se tienen que constatar los requisitos de aplicación del acuerdo reparatorio previamente analizados, a mayor abundamiento: que no concurra alguna excepción señalada por el CNPP; se respete la voluntariedad de las personas intervinientes; se trate de un delito que acepte dicha solución alterna y que sea de cumplimiento inmediato.

Una vez que la persona Agente del Ministerio Público verifique estos requisitos y cuente con la autorización de su superior jerárquico (titular de la Fiscalía o de la persona servidora pública en la cual delegue esa facultad), solicitará al Juez de control (mediante audiencia) que se sustituya la medida de prisión preventiva oficiosa para que el asunto pueda derivarse al órgano de justicia alternativa correspondiente.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20

---

<sup>9</sup> Merece una especial atención la excepción de procedencia del acuerdo reparatorio no solo en casos de violencia familiar, sino también desde la óptica de otras modalidades de violencia a la luz de las recomendaciones que han realizado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, ya que desafortunadamente el CNPP se encuentra sesgado en este aspecto.

de la LNASCMP, relativo a la procedencia de un mecanismo alternativo en detención por una medida cautelar, el cual refiere textualmente:

En los casos en los que al imputado se le haya impuesto la medida cautelar de prisión preventiva, o alguna otra que implique privación de su libertad, se estará a lo dispuesto en el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a fin de que se modifique la medida cautelar y esté en posibilidad de participar en el Mecanismo Alternativo.

En ese tenor, podrían actualizarse los siguientes actos procesales:

- a) El Juez de control sustituirá, modificará o revocará la medida para permitir un margen más amplio de actuación de las personas intervinientes y autorizará la derivación al órgano de justicia alternativa que estas hayan elegido, ya sea de la Fiscalía o del Poder Judicial si lo hubiere (artículo 11 de la LNASCMP), para lo cual procederá a suspender el proceso hasta por treinta días para que arriben a un acuerdo (artículo 188 del CNPP).
- b) Cuando el órgano de justicia alternativa reciba la derivación, se sustanciará el mecanismo que la persona facilitadora considere pertinente, a fin de que las personas intervinientes suscriban el acuerdo de cumplimiento inmediato, el cual podrá contener obligaciones de dar, hacer y no hacer, dependiendo del caso.

Sobre la función que tiene la persona facilitadora en la elección de los mecanismos alternativos, el “Modelo Homologado de Órganos Especializados en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y Unidades de Atención Temprana”<sup>10</sup> establece algunos criterios orientadores para diferenciar y considerar la procedencia de la mediación o la conciliación.

Por ejemplo, si se observa que existe un nivel emocional alto en el conflicto o se avizora una relación a futuro entre las personas intervinientes, se podrá elegir la mediación como el mecanismo idóneo; por el contrario, si el contenido emocional de la controversia no es trascendente para ninguna de las personas intervinientes y el tema es preponderantemente de carácter patrimonial, la persona facilitadora podrá optar por la conciliación.

- c) Una vez que se suscriba el acuerdo por parte de las personas intervinientes, el personal del órgano de justicia alternativa lo validará conforme al penúltimo párrafo del

---

10 Aprobado en la Cuadragésima Segunda Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública del 30 de agosto de 2017. Disponible en: [https://sesnsp.com/documentos/ModeloHomologado\\_MASC\\_UAT\\_05-07-2018\\_VF.pdf](https://sesnsp.com/documentos/ModeloHomologado_MASC_UAT_05-07-2018_VF.pdf). Fecha de consulta: 29 dic. 2023.

artículo 33 de la LNMACOMP: “El Acuerdo deberá ser validado por un licenciado en derecho del Órgano, del cual se incluirá su nombre y firma”.

d) Una vez validado el acuerdo, el personal del órgano de justicia alternativa informará al Ministerio Público encargado de la investigación o de la acusación, y éste a su vez solicitará al Juez de control se celebre una audiencia para que apruebe el acuerdo reparatorio y su cumplimiento; consecuentemente se podrá determinar el sobreseimiento de acuerdo a los artículos 327 fracción VI y 485 fracción X, ambos del CNPP.

• **No es factible revocar, sustituir o modificar la prisión preventiva.**

La persona investigada o acusada seguirá privada de su libertad, sin embargo, ello no es impedimento para que la autoridad jurisdiccional derive el asunto al órgano de justicia alternativa que fue elegido por las personas intervinientes.

Al respecto, el personal del órgano especializado solicitará la colaboración de las autoridades penitenciarias para que provean las condiciones necesarias que permitan sustanciar el mecanismo alternativo y celebrar el acuerdo de cumplimiento inmediato, lo cual se pondrá en conocimiento de la autoridad jurisdiccional de manera inmediata para que proceda a su aprobación y resuelva el sobreseimiento.

Es necesario señalar que el sobreseimiento firme por el cumplimiento del acuerdo reparatorio hará cesar la prisión preventiva que se hubiera dictado y tendrá los efectos de sentencia absolutoria (artículo 328 del CNPP), poniendo fin al proceso penal.

## 5 ANOTACIÓN FINAL

Cabe precisar que estas anotaciones también pueden orientarse a la tramitación de un mecanismo alternativo en el marco de la *prisión preventiva justificada*, incluso sus alcances pueden ser más generosos, puesto que cabría la adopción de acuerdos reparatorios de cumplimiento diferido y de planes de reparación del daño cuando se trata de la suspensión condicional del proceso.

Por otra parte, al hablar de sustitución de la medida de prisión preventiva, entendemos a ésta como reemplazo o cambio por una medida que cumpla la misma función vinculada con los fines del proceso.

Por ejemplo, para garantizar la disponibilidad del imputado en el proceso, la prisión preventiva podría sustituirse por otra medida cautelar de las contempladas en el artículo 155 del CNPP, como podrían ser la colocación de localizadores electrónicos o el resguardo de la persona investigada en su propio domicilio con las modalidades que disponga el Juez de control.

# JUSTIÇA ALTERNATIVA E PRISÃO PREVENTIVA OFICIAL: O MITO DO SEU ANTAGONISMO

## RESUMO

No processo penal surgem dilemas quanto à viabilidade da autocomposição de litígios no âmbito da aplicação de medidas punitivas como a prisão preventiva informal. Este trabalho propõe analisar os pressupostos e requisitos de origem de um mecanismo alternativo contra manifestações coercitivas do poder estatal, a fim de incorporar uma abordagem de resolução de conflitos que respeite as necessidades tanto da vítima como do agressor.

**Palavras-chave:** justiça alternativa; prisão preventiva; mecanismos alternativos de resolução de litígios.

## REFERENCIAS

Caso García Rodríguez y otro vs. México: Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Modelo Homologado de Órganos Especializados en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y Unidades de Atención Temprana.

Tesis: X.P. J/1 P (11a.), T.C.C. **Gaceta del Semanario Judicial de la Federación**, Undécima Época, Tomo V, octubre de 2023, p. 4694. Reg. digital 2027539, Rubro: Prisión preventiva oficiosa. el artículo 167 del código nacional de procedimientos penales en la porción que la regula es inconvencional, de conformidad con la sentencia emitida por la corte interamericana de derechos humanos en el caso García Rodríguez y otro vs. México.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. México: Porrúa, 2001.

A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO:  
HATERS E A CULTURA DO ÓDIO

*THE CONSTRUCTION OF THE ENEMY:  
HATERS AND THE CULTURE OF HATE*



# A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO: HATERS E A CULTURA DO ÓDIO<sup>1</sup>

*THE CONSTRUCTION OF THE ENEMY:  
HATERS AND THE CULTURE OF HATE*

*João Gaspar Rodrigues<sup>2</sup>*

## RESUMO

Analisa-se, neste estudo, a partir de uma revisão bibliográfica e exploratória, os contornos conceituais do termo “*hater*”, situando-o no contexto histórico e atual. Alguns fatores morais, psicológicos, sociais e emocionais que determinam o fenômeno são objeto de atenção. O desenvolvimento do ensaio ainda contempla o crime de ódio, a estilização do afeto hostil e estratégias de enfrentamento. Estas estratégias podem envolver tanto a compreensão psicológica, moral e jurídica do comportamento quanto abordagens sociais para mitigar suas consequências. Ao final, é apresentada uma síntese sobre possíveis direções futuras de pesquisa e recomendações para lidar com a proliferação dos *haters*.

**Palavras-chave:** *hater*; cultivo do ódio *online* e *offline*; redes sociais; compreensão; enfrentamento.

## 1 INTRODUÇÃO

O ódio, derivado de um padrão de sensibilidade próprio ao ser humano e elemento essencial da relação com o outro, parece ser um sentimento – dentre os mais perigosos - que acompanha e desafia a humanidade desde o início. As causas e os motivos extraconscientes e obscuros perdem-se nos desvãos da implacável paisagem da natureza humana. O primeiro homicídio mencionado nas Escrituras Sagradas, o caso de Caim e Abel, ilustra de maneira simbólica a presença do ódio nas relações humanas desde os primórdios. Em meio ao naufrágio existencial de valores e de sentimentos próprio dos tempos atuais, uma fieira de indagações e de dúvidas surge a propósito de novos fenômenos que afetam o convívio humano e social.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 18/01/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> Mestre em direito pela universidade de Coimbra (Portugal), especialista em direito penal e processo penal pela universidade cândido mendes/RJ, promotor de justiça do ministério público do amazonas. Atualmente chefe do centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3728284485798564> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6512-4643>.

Estar nesta realidade – de pessoas, de sentimentos, de emoções e de relações humanas pouco transparentes – é também tratar com ela, buscar compreendê-la ou situar-se nela, para aceitá-la em sua inevitabilidade, ou tentar corrigi-la em seus eixos fundamentais. As situações mais complexas e desafiadoras podem engendrar perspectivas múltiplas, desde que amparadas por estudo e análise. A partir deste ponto, o mundo acaba sendo recheado de possibilidades (um mundo quântico)<sup>3</sup>, antes de ser apenas um espaço descolorido de regras imutáveis de um mal inerente.

No contexto atual, é verdade que a sociedade enfrenta desafios significativos relacionados ao convívio humano e social, que ainda pode ser acolhido sob o pálio pouco otimista do *homo homini lupus*. Mudanças rápidas, avanços tecnológicos, tendências socioculturais em constante evolução, diversidade de pensamentos e globalização são alguns dos fatores que influenciam as dinâmicas sociais. Em meio a essa rede de acontecimentos e de transformações, questões sobre como lidar com o ódio, a intolerância e as diferenças emergem de maneira premente.

Compreender as raízes do ódio (enquanto província psíquica destrutiva do inconsciente humano), tanto históricas quanto contemporâneas, pode ser um útil contributo, essencial para enfrentar os desafios sociais e promover uma convivência humana – em todos os ambientes - mais saudável, compassiva e tolerante.

A temática, objeto deste ensaio, é pouquíssima trilhada na comunidade jurídica, embora a incidência de seus efeitos seja evidente em si, principalmente nas mídias digitais. Mesmo no meio científico que lhe é próprio – a psicanálise – não é tema em evidência, dissolvendo-se em categorias e noções subalternas psicanalíticas, ou na simples experiência clínica. Há, portanto, um espaço significativo para a investigação e a análise mais aprofundada (e multidisciplinar) dessa questão, podendo, o presente ensaio, ancorar e provocar estudos adicionais, por um viés de rica transversalidade e de combinação produtiva de diversos saberes.

O estudo começa por definir o termo “*hater*”, a partir de uma revisão bibliográfica e exploratória, situando-o no contexto histórico e atual, bem como analisando alguns fatores morais, psicológicos, sociais e emocionais que determinam o fenômeno. Foram efetuadas pesquisas sistemáticas em diversos bancos de dados, na busca por artigos acadêmicos e relatos especializados. O desenvolvimento da investigação ainda contempla o crime de ódio, a estilização do afeto hostil e estratégias de enfrentamento (morais, educacionais e jurídicas). As considerações finais apresentam uma síntese sobre possíveis direções futuras de pesquisa e recomendações para lidar com a proliferação carcinomatososa dos *haters*.

---

3 “Toda a evolução da ciência indica que a melhor gramática para pensar o mundo é a da mudança, não a da permanência. Do acontecer, não do ser”. (Rovelli, 2018, p. 80).

## 2 COMPREENDENDO O *HATER* E SEUS PARÂMETROS OCULTOS

O termo “*hater*” – em português, “odiador” ou “ódio” - refere-se a pessoas que expressam ódio, críticas negativas não fundamentadas, preconceitos ou hostilidade (*online*<sup>4</sup> ou *offline*) com certa qualidade de violência em relação a algo ou alguém. Essa atitude não é uma novidade dos tempos atuais, e seu núcleo primitivo pode ser observado em diversas formas ao longo da história e em diferentes contextos sociais.

Veja-se que o *hater* não tem o objetivo de fornecer uma opinião informada, fundamentada ou justificada, mas apenas expressar uma crítica negativa (“Como pode um perdedor ganhar tanto dinheiro!?”), “Ele deve ter conseguido esse emprego porque tem um tio influente” ou “Representar nosso país sendo tão feio deveria ser proibido” - Sorokowski *et al.*, 2020). A opinião expressada origina-se a nível pré-reflexivo e liga-se a um sentimento de antipatia e de repulsão (um preconceito, por exemplo), e não a uma posição racional, devidamente alavancada em premissas ou juízos racionais.

O ódio está no sujeito (na mente da pessoa que odeia), não fora dele. O objeto ou a pessoa odiada não gera o ódio, apenas o desperta. Logo, o *hater* não define o odiado, pois é um reflexo distorcido e desfocado de seu próprio ego. O afeto hostil é um aspecto ou dimensão do *hater* (inerente, na verdade, a qualquer ser humano; integra a perspectiva psíquica profunda da humanidade<sup>5</sup>), destravado pelo estímulo certo (sucesso, sorte, talento, inteligência, beleza, fortuna etc.). A fórmula esquemática identificadora seria esta:  $H = O + E_c$ , em que *H* representa o *hater*; *O*, simboliza o ódio e *E<sub>c</sub>*, o estímulo certo.

A escassa literatura existente nos informa que os *haters* são caracterizados por baixo senso de identidade própria, autoconsciência, autocontrole, a partir de um processo de despersonalização (Chao/Tao, 2012, p. 354), falta de confiança<sup>6</sup> (Bishop, 2013, p. 34), psicopatia (Sorokowski *et al.*, 2020) e alto psicoticismo mediado por distorção cognitiva, atribuindo culpa aos outros (Pace *et al.*, 2021). O estudo do ódio e dos *haters* é feito muito mais pelo campo da moralidade que do psiquismo humano. A comunidade psicanalítica mostra um solene desinteresse científico pelo respectivo estudo.

Os *haters* não surgem apenas com a internet e as redes sociais, já existiam antes na sociedade (Sorokowski *et al.*, 2020). Esta é uma certeza estrutural sobre o tema. Embora a internet, sob a sedutora atração da anonimidade e da desinibição, seja o *locus* onde melhor

---

4 O ódio online é um problema social em escala global. No entanto, até o momento, há pouca literatura científica sobre o assunto e, até onde é possível saber, não existe uma definição acadêmica estabelecida para o ódio online e os que o praticam (Malecki *et al.*, 2021).

5 “Os domínios do espírito de todos os homens são povoados por sentimentos e fantasias que ignoram as leis da lógica, do tempo e da realidade” (Hacker, 1981, p. 72).

6 O que leva o *hater* a tratar mal aqueles que têm tal confiança.

se adaptou o odiador<sup>7</sup> (*online hating*), o fenômeno sempre existiu no convívio humano, desde grandes concentrações de pessoas até pequenos grupos, como: ambiente de trabalho (organizações administrativas, empresas), escolas (nas experiências de *bullying*), universidades, no justicamento privado, nos comportamentos homofóbicos, misóginos, xenofóbicos, racistas etc.

Antes da internet, as críticas negativas infundadas, os comentários vitriólicos, as execrações, as humilhações e o ódio eram expressos por meio de cartas, panfletos, boca a boca (a famosa maledicência paroquiana), entre outros meios. As interações cara a cara também eram propensas a manifestações de ódio, seja em pequenos grupos como comunidades locais ou em escalas maiores como movimentos sociais e políticos (expressões históricas de ódio).

Com a ascensão da internet e das redes sociais, o fenômeno ganhou, decididamente, novas dimensões. A anonímia proporcionada pelo mundo virtual ou digital estimula comportamentos mais extremos e dessimétricos, já que algumas pessoas sentem-se protegidas e estimuladas pelo véu do anonimato, pela efemeridade dos afetos (explosão repentina ou comportamento de enxame) e pelas múltiplas maneiras de expressar a agressividade verbal ofertadas pelo ambiente virtual. Além disso, a velocidade de propagação das informações nas redes sociais e sua transparência pornográfica pode ampliar o alcance das mensagens negativas e depreciativas.

Diante da *digital turn* – “virada digital” – o ódio migra das tradicionais formas sociais (maledicência entre colegas de trabalho, membros de comunidade religiosa, recreativa, cultural etc) para as mídias sociais, mas não perde uma característica comum: encontra seguidores e se reproduz geometricamente. Como dizem Keipi *et al.* (2017): “Ao oferecer possibilidades de acesso barato e instantâneo sem vínculos com localização geográfica ou um sistema de identificação de usuário, a internet permitiu que grupos de ódio e indivíduos que professam ódio transmitissem suas ideias para uma audiência mundial”.

“O respeito está ligado aos nomes”, diz Byung-Chul Han (2018, p. 14). A anonimidade e o respeito se excluem mutuamente. A comunicação anônima que é fornecida pela mídia digital desconstrói enormemente o respeito. Ela é responsável pela cultura de indiscrição, de falta de respeito e de disseminação das múltiplas faces do ódio. A mídia digital, que separa a mensagem do mensageiro, o recado do remetente, aniquila o nome e proporciona espetáculos como o do *shitstorm* (literalmente “tempestade de merda” ou “tempestade de indignação – campanhas difamatórias de grandes proporções na internet contra pessoas ou empresas, produzidas devido à indignação coletiva com alguma atitude, palavra ou declaração).

---

<sup>7</sup> Muitos haters também migram para o ambiente online para escapar das realidades de sua existência offline.

O homem moderno, que procura a liberdade, a independência, a inclusão e o amor, descobre, com profunda surpresa e desespero, a escravidão, a tirania, a agressão, o ódio e finalmente, por detrás de todas as realidades, descobre-se a ele mesmo (Hacker, 1981, p. 28). A nova relevância do ser humano, que desta forma ascende de criatura a criador, de necessitado de justificação a justificador, de vítima a carrasco, do que sofre o mal ao que o comete, reside na descoberta de si mesmo, no desenvolvimento do ego como estrutura e transformação da realidade.

Todo ódio não é mais do que, predominantemente, o reflexo psíquico da moral, uma estratificação do ego, uma anomalia tanto ética quanto psíquica. Ressalvada a predominância desses traços, o comportamento de um “*hater*” é, rigorosamente, motivado por uma combinação complexa de fatores morais, psicológicos, sociais e emocionais. São listadas, nos itens seguintes, algumas variáveis que podem despertar (ou estimular) esse comportamento<sup>8</sup>.

## 2.1 Inveja

Os *haters* podem sentir inveja do sucesso, habilidades ou características peculiares de uma pessoa. A frustração resultante dessa inveja pode se manifestar como ódio. Funciona como elemento de afirmação do *hater* e de busca por uma sensação de satisfação, que não teria de outra forma, (obter gratificação com o infortúnio alheio). E, também, ao mesmo tempo, é um elemento positivo ou de destruição dos outros, em que o *hater* sente que estão acima dele e quer trazê-los para o seu nível.

O gatilho para o ódio parece ser muito claro, na maioria das vezes: ao se deparar com uma pessoa que se vangloria, visibiliza seus feitos, ou apresenta uma imagem muito confiante de si mesmo, o *hater* tende a escolher essa pessoa como alvo de seus afetos hostis (Bishop, 2013, p. 29). Suas habilidades abusivas são frequentemente direcionadas a outras pessoas, que não se encaixam em sua zona de conforto, como aquelas que conquistaram coisas não obtidas por ele.

Quando qualquer pessoa alcança o sucesso, os *haters* que estão presos no ciclo de dilema da inveja, sentem a necessidade de “derrubá-la” um ou dois degraus do pedestal do êxito (Bishop, 2013, p. 30). Como não podem alcançar o mesmo *status* do odiado, suas ações oscilam entre o sentimento de que precisam atacar a pessoa mais bem-sucedida do que eles, e como pensam ser melhores que essa pessoa, precisam garantir que ela, de alguma maneira, “saiba” disso.

---

<sup>8</sup> Essas variáveis longe de ser companheiras de viagem do *hater*, convertem-se em guias do afeto hostil, que marcha sob a sua inspiração constante.

O *hater*, que se contenta com os prazeres inferiores, por ser incapaz dos prazeres superiores, não somente recobre os primeiros com aparências enganosas, reservando para eles todos os termos elogiosos da linguagem, como também envolve em desprezo e zombarias os prazeres superiores – e desvirtua tudo aquilo (ou todo aquele) que é digno de estima (Payot, 2018, p. 111). Este é um comportamento depreciativo típico ou clássico de *hater*: degradar, por todos os meios possíveis, a excelência e a superioridade, como na fábula da raposa e as uvas.

Entre todas as características dizíveis da condição humana, a inveja é a mais lamentável; o invejoso não só deseja causar dano, mas também não hesita em causá-lo, desde que anteveja a possibilidade de sair impune. Mas a inveja torna-o infeliz, pois não há um ponto de repouso definitivo em seu *animus* de ódio<sup>9</sup>. Em vez de sentir prazer com o que tem, sofre pelo que os outros tem (Russell, 2003, p. 71). Se puder privará todos os demais de suas vantagens, o que para ele é tão satisfatório quanto conseguir essas mesmas vantagens para si: é o *schadenfreude* (palavra alemã usada para designar o “deleite com o sofrimento alheio”). Isto ocorre com frequência, segundo B. Russell (2001, p. 13), “na atitude dos velhos para com os jovens”<sup>10</sup>, potencializado, em parte, pelo conservadorismo típico da pessoa idosa.

O invejoso representa, de forma quase perfeita, o protótipo do *hater*, de que a massa se serve como contraste na defesa e afastamento das suas próprias tendências inconscientes à inveja e ao ódio. A massa sem rosto e sem nome, como contraponto corrupto do público (socialmente coeso e com identidade histórica), é o monstro mais estúpido e invejoso existente, capaz de conferir fluidez ao ódio sectário.

A superioridade (intelectual, física, cultural, moral etc.) de uma pessoa gera um estado de mortificação tal no espírito do *hater*, que o faz desejar rebaixar o nível do invejado ou transportá-lo para baixo (igualar, degradando). Até a sorte do outro, torna o *hater* infeliz. Neste propósito de prejudicar o outro, cada um empreende um esforço maior do que para exaltar ou elevar a si mesmo (não por acaso, a preguiça caminha lado a lado com a inveja – Payot, 2018, p. 26). E à medida que seus objetivos destrutivos não são alcançados, cresce o ódio pela pessoa do invejado.

Benjamin Disraeli, famoso e brilhante político britânico do século XIX, após assumir uma cadeira na Câmara dos Comuns, resolveu fazer um pronunciamento parlamentar. Estava decidido a produzir impressão na Câmara com uma peça oratória bem concebida e bem pronunciada. Mas a oposição começou a rir de suas frases rebuscadas.

---

9 Como diz Dilthey (1994, p. 103), “no ódio nos vemos diminuídos, desgarrados interiormente; o acostumar-se ao ódio degenera a alma... O sentimento de ódio destroi a harmonia interior da alma e reduz seu nível de sentimentos”.

10 “Frequentemente, os velhos têm uma inveja insana dos moços” (Clarke, 1978, p. 160). A propósito, diz Nietzsche (2001, p. 173): “Ele é um invejoso – não devemos esperar que ele tenha filhos, ele teria inveja deles, porque não pode mais ser criança”.

Cada frase polida e pouco usual nas falas parlamentares produzia uma saraivada de gargalhadas, zombarias e toda espécie de ruídos. Sua peça oratória, cuidadosamente preparada, perdeu-se em meio de rumores que pareciam sair de uma selva. Mas Disraeli recebeu um conselho de ouro de um político amigo: “Trate de simular embaraço e argumente razões de forma comum, porque se você fala com erudição no começo de sua carreira parlamentar, seus ouvintes acreditarão que tem a pretensão de apequená-los com seu talento” (Pearson, 1953, p. 67).

Disraeli seguiu o sábio conselho e logo seus discursos eram acolhidos entusiasticamente na Câmara, pavimentando o seu futuro na política britânica, sem ironias ou ódio sectário e gratuito. Essa passagem história deixa claro que o *hater* não gosta de outros que se sentem ou parecem importantes, quando ele próprio carece dessa autoimportância, devido a expectativas irreais ou dissimétricas.

Na psique do *hater*, pessoas importantes são aquelas que se destacam em áreas de elite e apresentam certo distanciamento (ele cria um padrão próprio de sucesso). Se os discursos rebuscados de Disraeli fossem no auge da carreira política, com sua reputação consolidada, certamente os atos opositivos não seriam tão abundantes e pulsáteis. Com base nisso, qualquer pessoa com quem tenha um vínculo e se veja como importante não pode ser bem-sucedida se for do mesmo contexto social (pares de um Parlamento ou de outro colegiado, colegas de trabalho, vizinhos, habitantes da mesma cidade etc.). Em qualquer situação ficará na expectativa de que o alvo falhe ou fracasse, pois é inadmissível que um “igual” (de origem semelhante) seja superior. Mesmo que admire as qualidades do alvo e as respeite, não tem a confiança para alcançá-las por conta própria e, por isso, ataca as realizações da vítima.

Como já dito, rebaixar o nível do invejado - igualar, degradando -, é o sinal mais comum do *hater* guiado pela inveja. Uma velha piada da antiga União Soviética ajuda a entender. Igor e Boris são camponeses miseráveis que mal conseguem extrair de suas pequenas glebas o suficiente para alimentar a família. A única diferença entre eles é que Boris tem um cabra esquelética. Um dia, uma fada aparece para Igor e lhe concede um desejo. Igor diz: “Desejo que a cabra do Boris morra” (Pinker, 2018, p. 129). O desenlace é que os dois camponeses se tornam mais iguais, mas nenhum fica em melhor situação, exceto pelo fato de Igor satisfazer sua inveja rancorosa. A felicidade do *hater* invejoso está em se comparar com os vizinhos, e não com suas próprias conquistas.

A partir destes parâmetros, a inveja talvez seja o principal motor, a unidade fundamental, de ódio ao outro; um ódio destrutivo, aniquilador, que se refestela na desgraça do odiado. Mas, se por um motivo ou outro, a inveja desaparece, cessa também o ódio, pois sendo este sempre uma paixão derivada, segundo Dilthey (1994, p. 78), extingue-se com o sentimento que lhe deu origem.

## 2.2 Raiva

Alguém pode sentir raiva em relação a uma pessoa, grupo ou ideia, e essa raiva pode se manifestar como comportamento transferencial de *hater*; é uma forma doentia de reequilíbrio do psiquismo do odiador (conservação narcísica). Reconhecer que o inferno está no outro (e não em si<sup>11</sup>), transferindo-lhe os pecados, traz um alívio psicológico e emocional inestimável ao *hater*. Estímulo que retroalimenta o seu comportamento hostil, na esperança do apaziguamento.

A raiva não acarreta, necessariamente, manifestações de ódio, mas aumenta, todavia, as probabilidades de existência. Esse fator emocional pode ser descrito por algumas situações comportamentais do *hater* (Bishop, 2013, p. 32):

- a) Raiva ou irritabilidade em resposta a pequenos desrespeitos e insultos (assim supostos);
- b) Comportamento malicioso, desagradável ou vingativo;
- c) Frequentemente o *hater* lança ataques (violentos ou não violentos) ao alvo se fizer um comentário leve com o qual discorda.

## 2.3 Frustração

Pessoas frustradas podem expressar seu descontentamento criticando e odiando os outros, muito mais por quem são do que pelo que fazem. Processa-se uma transferência inconsciente de conflitos internos para o exterior, num fenômeno nominado pela psicologia de exteriorização ou projeção. A frustração não resolvida em suas próprias vidas pode se transformar ou exteriorizar-se em hostilidade em relação aos outros, como mais um mecanismo sobrecompensador da integridade psíquica. Pessoas felizes e saudáveis são negativas? Não, apenas aqueles infelizes ou frustrados com sua própria vida.

O *hater* ao testemunhar qualidades de inteligência, cultura, compreensão, generosidade e caráter muito acima das suas, tende a projetar no odiado todo o peso da sua frustração por não possuí-las. O testemunho em vida dessas qualidades é motivo de sofrimento para o *hater* (o seu inferno mais pessoal e silencioso), que se desfaz da dor direcionando o afeto hostil ao outro “ameaçador e inescrupuloso” (mau, astuto, traidor, perverso etc), numa clara deturpação tosca da realidade; uma tentativa primitiva de destruir a fonte de frustração e de insatisfação.

A descoberta ou a construção de um inimigo, alguém que possa receber a descarga de ódio e de hostilidade, é uma forma de canalizar, diminuir a pressão e tornar tolerável

---

<sup>11</sup> “O expediente mais eficaz do Diabo foi sempre o de fazer acreditar que não existia ou que, se existia, era sempre nos outros e nunca em nós” (Hacker, 1981, p. 91).

a frustração do *hater*. O inimigo, assim estabelecido, exerce uma função de escape e de descarga afetiva (é a face, em termos psicanalíticos, positiva e construtiva do ódio), provocando um sentimento de satisfação. A dor e o sofrimento psíquico podem ampliar-se ou ressurgir, caso não existam alternativas que possam absorver (ou compensar) os efeitos resultantes do estado de frustração.

## 2.4 Negação das diferenças

Vive-se um mundo marcado pela alteridade e pela pluralidade, mas algumas pessoas têm dificuldade em lidar com esses aspectos sociais. Há uma persistente relação ambígua quanto à alteridade: para *eles*, os outros somos *nós*; e para *nós*, os outros são *eles*. Talvez *todos* sejam *nós* e *eles*, numa síntese superadora de motivações estereotipadas do passado. A negação das diferenças pode levar à intolerância e ao ódio em relação a grupos ou indivíduos que são percebidos como diferentes.

A propósito diz Steven Pinker (2018, p. 47): “As pessoas demonizam quem discorda delas, atribuindo diferenças de opinião a estupidez e desonestidade. Para cada infortúnio, procuram um bode expiatório. Veem a moralidade como uma fonte de justificativas para condenar rivais e mobilizar indignação contra eles”.

Essa dinâmica pode contribuir para um ambiente social tóxico, onde o diálogo construtivo é substituído por hostilidades e execrações, solo fértil para a propagação do ódio e seus portadores, os *haters*.

## 2.5 Intolerância

A intolerância em relação a diferentes opiniões, estilos de vida, crenças ou características pode levar ao comportamento de *hater*. Algumas pessoas simplesmente não conseguem aceitar um mundo plural e a diversidade derivada da alteridade.

Em larga escala, a cultura do ódio impede a cooperação e a sociabilidade, elementos fundamentais para a saúde política de uma democracia. O ódio com seus caudatários – inveja, frustração, intolerância – constituem sentimentos vivamente antissociais.

A intolerância e a cultura do ódio atacam com a mesma ferocidade, tanto indivíduos obscuros quanto personalidades históricas de alto relevo. Em 2010, o filósofo francês Michel Onfray (2010) lançou o livro “*Le crépuscule d’une idole*” em que acusa o pai da psicanálise de impostor, homofóbico, incestuoso e fascista. As acusações sem comprovação científica (um dos elementos definidores do *hater* – item 2) induziram o livro de Elisabeth Roudinesco, “Freud - Mas por Que Tanto ódio?” que sai em defesa da figura histórica.

O fanatismo, fruto temporão da intolerância e caracterizado pela adesão cega e pensamento acrítico, dilui a empatia, a consciência do sofrimento alheio e os sentimentos de culpa em relação ao objeto do ódio. Assim, aqueles que odeiam adquirem a capacidade de se desvincular moralmente de suas ações e criam desculpas para o ódio que sentem. ou para o sofrimento que conscientemente causam<sup>12</sup>. É assim que um assassino em massa pode, após um ato de limpeza étnica, ser considerado um marido amoroso e um bom pai para seus filhos.

## 2.6 Narcisismo

O narcisismo é um fenômeno geral, que acompanha a egotização e a atomização crescentes da sociedade moderna em pequenos grupos ou indivíduos autocentrados. Assiste-se a um processo de narcisificação da sociedade. O *socius* (“social”) dá lugar ao *solus* (“sozinho”). As formas objetivas ou institucionais são rechaçadas em favor de estados subjetivos, perspectivas pessoais (Han, 2020, p. 18/33/107) ou solipsistas<sup>13</sup>. Mídias sociais como o *Twitter* ou o *Facebook* acentuam esse traço, pois elas são mídias narcisistas.

Indivíduos com traços narcisistas tendem a ter uma visão inflada de sua própria importância, falta de empatia pelos outros e uma necessidade excessiva de admiração e de validação (Russell, 2003, p. 17). E assim, quanto maior o amor por si mesmo e necessidade de afirmação pessoal, maior o direito de odiar o outro.

Os *haters*, em regra, encontram o que machuca as pessoas e usam isso como uma arma, embaraçando-as, escandalizando-as, humilhando-as ou agredindo-as. O que reflete uma personalidade sádica e com laivos de psicopatia. O sadismo, na verdade, é coirmão do ódio. O irracionalismo, a perda de padrões, da medida (*juste-milieu*), do equilíbrio e do comportamento regular, estão entre as causas do cultivo do ódio. Entre seus efeitos listam-se a incivilidade, a descortesia, e mesmo a violência retórica e de ação.

A disseminação do ódio levada a cabo pelos *haters*, seja em ambiente virtual ou *offline*, reduz significativamente os níveis de bem-estar subjetivo das vítimas (Keipi *et al.*, 2017). A exposição a comentários odiosos, mensagens ofensivas, ou comportamentos agressivos pode causar estresse emocional, ansiedade, depressão e outros problemas de saúde mental nas vítimas. Todavia, há algumas pessoas que são quase imunes aos abusos e às provocações dos *haters*. Muitos até apreciam a atenção dos odiadores, pois isso

---

12 Understanding the Psychology of Hatred. 2020. Disponível em: <https://thewire.in/communalism/understanding-the-psychology-of-hatred>. Acesso em: 25 dez. 2023.

13 “O narciso que cai na depressão afoga-se consigo na sua intimidade sem limites. Nenhum vazio ou nenhuma ausência distancia o narciso de si mesmo”. (Han, 2014, p. 56).

lhes passa uma espécie de validação de seu valor, já que alguém está gastando tempo para atacá-los. É a concreção do velho clichê: falem mal, mas falem de mim.

O meio digital, em especial, é constituído de “ilhas narcisistas de egos” (Han, 2018, p.83)<sup>14</sup>, onde os indivíduos ocupam-se, permanentemente, da própria psicologia. O mesianismo digital converte rapidamente, como num movimento de enxame, o “amor ao próximo” (com seus *likes* e emojis simpáticos) em “ódio ao próximo” (com seus *dislikes*, cancelamentos, *trashing*, *trolling*<sup>15</sup>, *cyberstalking* - “ciberperseguição”, ódio *online* etc.). Amor e ódio, no enxame digital, são laços de um mesmo pacote (“*o amor está atado à tensão negativa do ódio*” – Han, 2018, p. 91, gerando, inclusive, um *frankenstein* semântico - “amódio”).

A razão não tem, nem *diretamente* nem *imediatamente* nenhuma força contra a brutal coorte das inclinações inferiores (Payot, 2018, p. 16) que impulsionam o *hater*: O primeiro efeito da inclinação emotiva é perverter a inteligência, impedindo o despertar do espírito crítico, a fim de se legitimar e se eternizar. O ódio, franco, gratuito e fustigador do sujeito, encaixa-se à perfeição nessa categoria psicológica e destaca, em traços vívidos, que o eu não é dono de sua própria morada, sendo colonizado, em regra, pelo inconsciente.

A partir dos fatores morais, psicológicos, sociais e emocionais indicados nos itens acima (que não são exaustivos, pois ainda existem outras forças primitivas que impulsionam o psiquismo humano), estende-se um longo caminho cheio de etapas que ajuda a compreender um pouco melhor o fenômeno corporificado no *hater*.

### 3 CRIME DE ÓDIO

De acordo com o art. 3º., inciso IV, da Constituição Federal do Brasil, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Qualquer ato ou comportamento discriminatório ou preconceituoso pode expressar ódio, resultando no que se convencionou chamar de “crime de ódio”.

O crime de ódio (*rate crime*, em inglês), embora não tipificado no ordenamento penal brasileiro, é caracterizado pelo fato de que a motivação, em sua totalidade ou em parte substancial, está enraizada em preconceitos, discriminações e hostilidades em

---

<sup>14</sup> “A comunicação digital, muito antes, faz com que a comunidade, o Nós eroda. Ela destrói o espaço público e aguça a individualização do ser humano. Não o ‘amor ao próximo’, mas sim o narcisismo domina a comunicação digital. A técnica digital não é uma ‘técnica do amor ao próximo’. Ela se mostra, muito antes, como uma máquina de ego narcisista”. (Han, 2018, p. 86).

<sup>15</sup> Publicação de mensagens provocativas e ofensivas nas mídias sociais, incluindo tanto o abuso na Internet quanto o uso indevido de dados (Bishop, 2013, p. 28).

relação ao outro, com base em qualidades como raça, religião, orientação sexual, identidade de gênero, etnia etc. Esses crimes não são apenas ataques contra indivíduos, mas também têm a intenção de intimidar, ameaçar ou marginalizar todo o grupo ao qual a vítima pertence, impactando fortemente a comunidade e produzindo medo e insegurança.

O sentimento de hostilidade ao outro é uma parte fundamental da definição do crime de ódio. O *hater* ou agressor seleciona suas vítimas a partir de seus preconceitos e é conduzido, no *iter criminis*, por estes. A hostilidade volta-se contra um peculiar modo de ser e de agir próprio da vítima.

Dentre os diversos de crime de ódio, pode-se destacar: racismo, homofobia, feminicídio, etnocentrismo, LGBTfobia, xenofobia, intolerância religiosa etc. Os diversos tipos de discriminação (etária, por deficiência, gênero, sexual etc.) também podem ser classificados como crimes de ódio.

Como não há um tipo penal do crime de ódio, deve existir um crime subjacente para que um incidente seja classificado como um crime de ódio. Existem muitos tipos de crimes subjacentes que, quando combinados com intenção preconceituosa ou discriminatória, podem ser considerados crimes de ódio, incluindo agressão física, ameaças verbais, roubos, furtos e danos à propriedade, como pichações<sup>16</sup>.

Há, portanto, uma diferença entre “crime de ódio” e “incidente de ódio”. Um incidente de ódio é uma ação ou comportamento motivado pelo ódio, mas que, por um motivo ou outro, não constitui um crime (embora tenha um impacto traumático tanto nas vítimas quanto na comunidade). São exemplos: xingamentos, insultos, exibição de material de ódio em sua própria casa ou propriedade etc. Assim, incidente de ódio + crime (subjacente) = crime de ódio.

## 4 A ESTILIZAÇÃO DO ÓDIO

A gramática elementar do ódio não irrompe sempre de maneira violenta, agressiva ou manifesta. Há o que se convenciou chamar de *estilização do ódio*, expressando-se não apenas em manifestações grosseiras ou agressivas, mas em formas aparentemente inofensivas, simbolizadas, como palavras de duplo ou múltiplos sentidos, indiferença (ou silêncio) proposital<sup>17</sup>, troça, desprezo ou ainda em piadas com tendências étnicas, sexuais, políticas, religiosas etc. Tais formas constituem atos de ódio, ainda mais graves

---

<sup>16</sup> **Office for the Prevention of Hate Crimes.** Disponível em: [https://www.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/materials/OPHC\\_WhatIsAHateCrime\\_FINAL.pdf](https://www.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/materials/OPHC_WhatIsAHateCrime_FINAL.pdf). Acesso em: 28 dez. 2023.

<sup>17</sup> Essa forma sutil de ódio se manifesta diante de proezas heroicas, intelectuais, políticas etc. Certa vez, reza a lenda, um repórter indagou de Carlos Lacerda (famoso jornalista e político brasileiro), se havia lido e gostado de um livro publicado por um inimigo político. A resposta foi rápida e típica de um hater: “Não li e não gostei!”. É a clássica atitude narcisista do tipo “é ruim porque eu não gosto” (Malecki et al., 2021).

na proporção em que são veladas e sutis ou “sofisticadas”<sup>18</sup>. E através delas, o *hater* cultiva o propósito de tornar o adversário em alguém para não se levar a sério ou em alguém que é preciso neutralizar. É uma construção subliminar do inimigo.

O humor é um exercício e um controle da agressividade; é a animosidade consentida (ou um desvio patológico da agressividade). As piadas e as anedotas constituem uma saída para o ódio reprimido, que ameaça irromper virulentamente. A fonte do humor são os sentimentos negativos: ódio, tristeza, frustração, inveja, que contam sempre com a potencialidade de alguma violência eruptiva.

Soa importante distinguir entre o humor que promove a compreensão e aceitação e aquele que perpetua estereótipos prejudiciais. O humor pode ser uma ferramenta poderosa para comunicar ideias, desafiar percepções e criar conexões entre as pessoas. No entanto, quando usado de maneira insensível, ou para reforçar estereótipos danosos, pode contribuir para a disseminação de preconceitos e a perpetuação de estigmas sociais.

Vê-se essa camuflagem do sentimento hostil em algumas modalidades de ódio *online*. O *cyberstalking*<sup>19</sup>, por exemplo, não precisa envolver mensagens verbais violentas ou agressivas. Muitas vezes, é alcançado por meio de ações como cibervandalismo ou roubo de identidade (Malecki *et al.*, 2021). Isso põe em relevo a complexidade e a variedade de estratégias empregadas pelos *haters* para expressar seu ódio, indo além das formas mais óbvias e clássicas de comunicação hostil.

## 5 COMO QUEBRAR O CICLO TÓXICO DO ÓDIO: MEIOS DE ENFRENTAMENTO

O que compete a cada um, na reunião de meios para enfrentar os afetos hostis, é debelar os maus hábitos condicionantes ou determinantes do ódio, e criar, pouco a pouco, hábitos excelentes e forças de máxima eficácia que determinem a solidariedade, a cooperação ativa e o bem-estar comum. Objetivos que se concretizam, mantendo a inveja, raiva, frustração, negação das diferenças, intolerância e narcisismo, em limites razoáveis, sem esperar eliminá-los completamente. O segredo do êxito em tal empreitada é aproveitar tudo aquilo que serve para os rendimentos superiores da sociedade, seja através de instituições interiores (consciência, caráter, moral) ou de instituições exteriores (regras, normas, princípios e organizações).

---

18 De acordo com Winnicott (2000, p. 296), o ódio é um fenômeno relativamente sofisticado, talvez pelo processo de racionalização a que é, em regra, submetido (vide item 5).

19 A “ciberperseguição” (*cyber stalker*) ou perseguição online consiste no uso de ferramentas digitais – como internet e redes sociais – com o propósito de perseguir, intimidar ou assediar uma pessoa (Pittaro, 2007). Pode incluir uma variedade de comportamentos, como enviar mensagens ameaçadoras, espalhar boatos, invadir a privacidade da vítima, criar perfis falsos para difamar ou assediar etc.

O primeiro passo, e talvez o mais importante, é a tomada de consciência de que se é um *hater*. Há *haters*, em sua maioria, que não se veem como tal, são, na melhor das hipóteses, “críticos”, dotados de apurado senso crítico, providos de espírito observador e analítico, contestadores, cidadãos politicamente ativos etc., mas odiadores, não. A razão, como sugere Hacker (1981, p. 72), “é dona e senhora, mas em determinadas circunstâncias é igualmente serva obediente da irracionalidade”.

O comportamento de *hater* se submete a um processo de racionalização, em que se revela como uma fonte de ilusões para os outros e para a própria pessoa que odeia (Hacker, 1981, p. 73), subtraindo-se à análise e controle do consciente. Da mesma forma que a justiça aparente se torna necessária para a justificação da injustiça, também não se pode dar uma feição racional a um afeto hostil sem recorrer à razão.

Talvez no futuro, com o aprofundamento dos estudos sobre o fenômeno e a natureza humana, seja possível desenvolver princípios que possam orientar a conduta do indivíduo como também – e principalmente - proporcionar mecanismos para uma elevação de todo o complexo ético do homem e da sociedade, livre de afetos hostis. O processo ético, como diz Dilthey (1994, p. 30/31),

(...) não se realiza no indivíduo isolado, mas, sim, na convivência social e histórica. Portanto, o transcurso desse processo não deve ser buscado no indivíduo... O *ethos* moral do indivíduo é condicionado pelo desenvolvimento do *ethos* na humanidade. A idealidade ética contida na natureza humana se forma nos níveis da vida social.

A perspectiva de desenvolver os princípios ligados ao progresso psicológico e moral do indivíduo, pode parecer distante e irrealizável, até mesmo algo utópico, mas devido à sua historicidade, as marcas da memória acham-se sujeitas a uma reordenação e reelaboração constantes. Numa carta escrita ao seu amigo Wilhelm Fliess, Freud (1986, p. 173) destaca que o psiquismo humano não é imutável, sendo plástico e sujeito a reelaborações constantes:

Sabes que trabalho adotando a hipótese de que o nosso aparelho psíquico tem origem na formação de camadas sucessivas, e que, de tempos em tempos, o material preexistente dos traços mnemônicos sofre um reordenamento segundo novos princípios, uma retranscrição. O que há de essencialmente novo na minha teoria é, pois, a tese de que é registrada em diversas variedades de signos.

Mais do que um desenho numa tela, a mente humana é uma sobreposição de telas e de camadas que se reelaboram e se reestruturam constantemente. E não pode ser des-

crita como algo capaz de fluir uniformemente, mas como algo que, em certo sentido, apresenta imprevisibilidades (“instâncias dinâmicas” ou “fluxos quânticos”). Justamente por isso, no que se refere ao psiquismo humano, nenhuma questão é demasiado tola e nenhuma resposta é demasiado absurda.

O desenvolvimento ético é fenômeno primário totalmente relevante para o devenir do mundo em sua massividade e necessidade (Dilthey, 1994, p. 36). Também é fundamental para criar uma base sólida para o progresso humano e garantir que as ações individuais e coletivas estejam alinhadas com princípios éticos que promovam o bem-estar de todos. A cultura do coração (*die Kultur des Herzens* – Derrida, 2007, p. 112), corolário desse desenvolvimento ético, confere aos indivíduos meios puros (meios que excluem a violência e afetos hostis) para, no domínio da não violência, promover a sã convivência com respeito à diversidade concretizada no outro, na cortesia cordial, na empatia, no amor pela paz, na confiança e na amizade.

Ao lado do gradual avanço ético (guiado por boa orientação e educação, afinal os motores morais são, em parte, buscados na razão), a conquista da felicidade para o maior número de pessoas representaria uma forma de aumentar a tolerância. E pessoas felizes e tolerantes não encontram seu prazer causando dor ao próximo. A busca e a conquista da felicidade ou de bem-estar (seu parente conceitual), não é preciso dizer, são uma aspiração universal na vida dos seres humanos ao redor do mundo.

É necessário também, de certa forma, remoer as fealdades da vida de ódio, de agressividade incontida e de hostilidade ao outro. Se se engole um grão de pimenta, observa Payot (2018, p. 101), não é sentido. Se ao contrário, for mastigado e revolvido em todos os sentidos com a língua, ele agride o paladar, produz um sabor acre insuportável, induz o espirro e traz lágrimas aos olhos. O mesmo deve ser feito com as imagens de uma vida de ódio e de rancor, de forma a provocar desgosto e vergonha em quem as cultiva, e censura do entorno social.

Torna-se imprescindível uma orientação ética geral – ética da alteridade -, baseada na igual consideração pelo outro, porém não pelo outro universal e abstraído da história, mas sim pelo outro concreto, com sua singularidade, com seu corpo, seus valores, seus sentimentos e sua história (Cunha, 2023). É o respeito ao outro, na sua condição concreta, que pode ajudar a evitar um ambiente social e político cada vez mais desumanizante, no qual o “quem” seja transformado em “quê”, isto é, reduzido e reificado.

Tais medidas de cunho íntimo, psicológico e moral, são proveitosas, na medida em que se acredita no universo humano como um processo plástico e evolutivo que, a todo momento, é capaz de alcançar um nível de perfeição cada vez mais alto<sup>20</sup>. O ódio é uma

---

20 O realce dado unicamente aos impulsos biológicos conduz a uma simplificação brutal e sacrifica as possibilidades de transformação do homem na concepção que o torna um ser feroz e odiento que nada será capaz de modificar (Hacker,

estrutura instável do mundo psíquico, e como tal, flutuação efêmera substituível por algo mais compatível com a evolução dos padrões humanos. Apesar disso, é dar prova de uma total ignorância de si mesmo esperar que o *hater* domine seus apetites inferiores através de concessões morais ou que a neurociência force a evolução do cérebro para livrar-se dessa modalidade de psicopatia. Ceder espaço ao campo moral (ou apostar as fichas num ramo científico ainda embrionário), *sic et simpliciter*, não é apaziguar, é exasperar o fenômeno do ódio. Para dominar o afeto hostil é preciso lutar contra ele (e suas manifestações concretamente destrutivas ou danosas) por todos os meios admissíveis, mas principalmente através de meios jurídicos efetivos em combinação com outras medidas de diversa índole.

É de ressaltar-se a íntima correlação entre moral e ordem jurídica na solução dos problemas que assaltam a humanidade, como lapidarmente destacado no preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em 1948, também conhecida como “Declaração de Bogotá”<sup>21</sup>: “Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam”.

O Direito, por um lado, está fundamentado, em sua criação e desenvolvimento, nas predisposições e progressos morais. Por outro lado, está dotado de capacidade de coação e não pode ser imaginado sem ela (Dilthey, 1994, p. 117/118). E sempre há um progresso, do ponto de vista prático, onde qualquer relação passa do domínio exclusivo da moral ao de direito e obrigação. Porque, somente neste caso, existe uma real garantia dos interesses, em virtude de seu próprio caráter de generalidade e obrigação. Na compreensão dessa interrelação (direito e moral), seria errôneo não ter em conta tais aspectos.

Todavia, parece claro que, por si só, as leis e o sistema de justiça não resolverão o problema do ódio na internet ou fora dela, e do uso indevido de dados, já que ser rigoroso com o crime precisa ser acompanhado por uma abordagem rigorosa das causas do crime (Bishop, 2013, p. 28/36). O sistema de justiça criminal pode ser seu próprio pior inimigo. A abordagem *laissez-faire* para decretação de prisões arrisca criminalizar a sociedade - e para qual propósito? De qualquer modo, o fato é que haverá casos em que faz todo sentido processar criminalmente (e civilmente) *haters* (*online* ou *offline*), especialmente quando houver um dano específico e concreto a um indivíduo (ou grupo). A abordagem judicial não se faz apenas através da persecução criminal, mas também por meio da aplicação de sanções civis.

---

1981, p. 116).

21 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/wp-content/uploads/sites/35/2020/07DECLARA%C3%87%C3%83O-AMERICANA-DOS-DIREITOS-E-DEVERES-DO-HOMEM.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

Os campos morais e jurídicos devem ser informados, desde o início, por uma boa estrutura educacional, de modo que a pesquisa sobre ódio *online* e *offline* possa aparelhar programas educacionais e iniciativas de sensibilização. O comportamento humano, em sua plasticidade, é o resultado de uma aprendizagem, não de um mero legado; as atitudes, as ações e as reações emocionais e morais que o acompanham podem ser reforçadas ou reprimidas por meio de diversos fatores, dentre eles, o educacional.

Promover a empatia, a compreensão mútua e o respeito desde cedo nos bancos escolares<sup>22</sup> (e posteriormente, nas cátedras do ensino superior) pode ser uma estratégia valiosa para reduzir o ódio a níveis, razoavelmente, toleráveis, numa sociedade plural.

Investir em pesquisas, educação e ações práticas, sempre sobre uma dinâmica em constante evolução cognitiva – dada a fluidez do fenômeno, principalmente em âmbito digital - é fundamental para enfrentar o ódio, em todas as suas modalidades, de maneira eficaz e construtiva.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando sentimentos hostis como o ódio, estendem-se por gerações, instalando-se na alma de quem o cultiva e tornando-se parte, por assim dizer, da estrutura orgânica e anímica de um grupo, tem-se o material mais tóxico do que qualquer coisa capaz de ser sintetizada pela engenhosidade humana. O ódio pode forjar a maneira como as pessoas percebem o mundo, influenciando suas atitudes, comportamentos e, até mesmo, sua saúde mental. A transmissão intergeracional desse tipo de emoção negativa pode criar um ambiente propício para o ciclo perene de violência, preconceito e discriminação.

Embora a internet e as mídias sociais tenham proporcionado novos meios para a expressão primária do ódio (e a proliferação dos *haters*), a presença de críticas negativas infundadas e de hostilidades é um fenômeno social mais amplo, presente em diversas formas e expressões ao longo do vórtice da história humana.

O que a internet e as mídias sociais trouxeram de novidade foi uma mudança no nível e na velocidade com que as hostilidades podem ser propagadas. A comunicação instantânea e o alcance planetário tornaram as interações mais amplamente visíveis e acessíveis, tanto para o uso quanto para o abuso.

O *hater* é um ser humano, cujo psiquismo é dissolvido em afetos hostis, e que não se contenta apenas em odiar o outro, mas em mobilizar indignação e ódio contra ele, tentando impor-lhe uma espécie de ostracismo social (que, no fundo, representa uma

---

22 Neste sentido, afirma Martha C. Nussbaum (2020, p. 505), que “o ódio racial e a aversão racial, e até mesmo o ódio e aversão misóginas, certamente diminuíram em nossa cultura pública graças à atenção à criação das crianças e à sua educação precoce”.

“morte social”, aparentada com o “cancelamento” virtual). Esta conclusão parcial sugere uma intensidade emocional e moral, corporificando-se numa expressão ativa de aversão e revelando uma abordagem agressiva em relação àqueles que são alvo do ódio.

Uma melhor compreensão das causas e das motivações de comportamentos depreciativos e odiosos pode auxiliar na identificação das mais adequadas estratégias para *approaches* psicológicos dos *haters* e no desenvolvimento de medidas efetivas de enfrentamento ao ódio. No campo científico e educacional, estudos mais específicos e aprofundados sobre o ódio *online* e *offline*, são necessários para decantar uma realidade mais fundamental do fenômeno, e que se preste à operacionalização educacional no dia a dia. No campo jurídico, a aplicação rigorosa de sanções criminais e civis aos incidentes, ou crimes de ódio, que causam dano à vítima, constitui uma boa prática a ser cultivada e disseminada.

Soa claro, portanto, que apesar de todas as dificuldades metodológicas, o ódio *online* e *offline* merece ser estudado com mais detença e critério, de modo a despertar e estimular, constantemente, um conhecimento atualizado. E a partir deste especial conhecimento, identificar as raízes do ódio, os fatores que o alimentam e as formas de dismantelar essas dinâmicas. Isso não apenas por razões acadêmicas ou teóricas, mas também práticas. Todas as modalidades de ódio, observadas sob o contexto adequado, causam sérios danos sociais, comunitários e pessoais (contribuindo para a polarização, divisões na sociedade e até mesmo incitando violência física). Logo, prevenir ou reprimir esses danos não será possível e exitoso, sem entender o fenômeno intrinsecamente e implementar medidas, desenhadas e projetadas, especificamente, para tal fim.

## **THE CONSTRUCTION OF THE ENEMY: HATERS AND THE CULTURE OF HATE**

### **ABSTRACT**

In this study, the conceptual contours of the term “hater” are analyzed through a bibliographic and exploratory review, situating it within the historical and current context. Various moral, psychological, social, and emotional factors that determine the phenomenon are the focus of attention. The essay’s development also encompasses hate crimes, the stylization of hostile affection, and coping strategies. These strategies may involve not only psychological, moral, and legal comprehension of the behavior but also social approaches to mitigate its consequences. In conclusion, a synthesis is presented regarding possible future research directions and recommendations for addressing the proliferation of “haters”.

**Keywords:** hater; cultivation of hatred online and offline; social networks; understanding; confrontation.

## REFERÊNCIAS

BISHOP, Jonathan. The effect of de-individuation of the internet troller on criminal procedure implementation: an interview with a hater. **International Journal of Cyber Criminology**, vol. 7 (1), January – June 2013, pp. 28–48.

CHAO, Chian-Hsueng.; TAO, Yu-Hui. **Human flesh search: a supplemental review.** *Cyberpsychol. Behav. Soc. Network.* 15 (7), jul. 2012, 350–356. doi: 10.1089/cyber.2011.0481. Disponível em: <https://sci-hub.se/10.1089/cyber.2011.0481>. Acesso em: 19 dez. 2023.

CLARKE, Arthur C. **Sobre o tempo e as estrelas.** Tradução de Mário Molina Caetano. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978.

CUNHA, José Ricardo. Ética da alteridade como fundamento extramoral para a política em tempos de ódio. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2307, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202307>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/SyCXD3sHvmF5X7RVZRC3KgN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 dez. 2023.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei.** Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DILTHEY, Wilhelm. **Sistema da ética.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2ª ed., 1994.

FREUD, Sigmund. **Briefe an Wilhelm Fliess. 1887-1904.** Edição organizada por J. M. Masson, Frankfurt, 1986.

HACKER, Friedrich. **Agressividade. A violência no mundo moderno.** Tradução de Maria Emília Ferros Moura. 2. ed. Lisboa: Livraria Bertrand, 1981.

HAN, Byung-Chul. **No enxame.** Tradução de Lucas Machado. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018.

HAN, Byung-Chul. **La desaparición de los rituales.** Tradução de Alberto Ciria. Argentina: Herder, 2020.

HAN, Byung-Chul. **A sociedade da transparência.** Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2014.

KEIPI, T.; NÄSI, M.; OKSANEN, A.; RÄSÄNEN, P. **Online Hate and Harmful Content: Cross-National Perspectives.** 1st Edn. London: Routledge, 2017.

MALECKI, W. P.; KOWAL, Marta.; DOBROWOLSKA, Małgorzata.; SOROKOWSK, Piotr. **Defining Online Hating and Online Haters.** *Front. Psychol.* 2021, 12:744614. doi: 10.3389/fpsyg.2021.744614. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/arti>

- cles/10.3389/fpsyg.2021.744614/full. Acesso em: 15 dez. 2023.
- NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- ONFRAY, Michel. **Le crépuscule d'une idole. L'affabulation freudienne**. Paris: Bernard Grasset, 2010.
- PACE, Ugo.; D'URSO, Giulio.; ZAPPULL, Carla. **Hating among adolescents: Common contributions of cognitive distortions and maladaptive personality trait**. *Current Psychology*, 2021, 40:3326–333.
- PAYOT, Jules. **A educação da vontade**. Tradução de Roberto Mallet. Campinas-SP: Kirion, 2018.
- PEARSON, Hesketh. **Benjamin Disraeli**. Tradução de Julio Luelmo. México: Ganesa, 1953.
- PINKER, Steven. **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- PITTARO, Michael L. Cyber stalking: An Analysis of Online Harassment and Intimidation. **International Journal of Cyber Criminology**, vol 1 (2), July 2007, pp. 180-197. Disponível em: <https://www.cybercrimejournal.com/pdf/mpittarojccjuly2007.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2023.
- ROVELLI, Carlo. **A ordem do tempo**. Tradução de Silvana Cobucci. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.
- RUSSELL, Bertrand. **A conquista da felicidade**. Tradução de Luiz Guerra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- RUSSELL, Bertrand. **Ideais políticos**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- SOROKOWSKI, Piotr.; KOWAL, Marta.; ZDYBEK, Przemyslaw.; OLESZKIEWICZ, Anna. **Are Online Haters Psychopaths? Psychological Predictors of Online Hating Behavior**. *Front. Psychol.* 2020, 11:553. doi: 10.3389/fpsyg.2020.00553. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2020.00553/full>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- WINNICOTT, D. W. A agressividade em relação ao desenvolvimento emocional. *In*: D. W. Winnicott, **Da pediatria à psicanálise: obras escolhidas**. Rio de Janeiro: Imago, 2000, pp. 288-304.

O DANO MORAL COLETIVO E OS PRINCÍPIOS  
DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA - UMA NECESSÁRIA RELEITURA

*COLLECTIVE PAINAL DAMAGE AND  
PUBLIC ADMINISTRATION GOVERNING  
PRINCIPLES - A NECESSARY REVIEW*



# O DANO MORAL COLETIVO E OS PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – UMA NECESSÁRIA RELEITURA<sup>1</sup>

*COLLECTIVE PAINAL DAMAGE AND PUBLIC ADMINISTRATION GOVERNING PRINCIPLES - A NECESSARY REVIEW*

*Leonardo Bellini de Castro<sup>2</sup>*

## RESUMO

A Lei nº 14.230/2021 impôs severos retrocessos no sistema anticorrupção do Brasil, minando a efetividade do enfrentamento da improbidade administrativa regido pela Lei nº 8.429/92. A enumeração agora taxativa das hipóteses de violação aos princípios da Administração Pública, como modalidade de ato de improbidade administrativa, inseriu-se nesse quadro com o objetivo de promover o esvaziamento da tutela da probidade enquanto mecanismo de controle da atuação administrativa. Nessa toada, o presente trabalho tem por escopo apontar a Lei de Ação Civil Pública, como mecanismo residual de defesa do patrimônio público, em sua acepção moral e material para as hipóteses não expressamente contempladas na Lei de Improbidade Administrativa.

**Palavras-chaves:** improbidade administrativa; violação dos princípios de regência da atividade administrativa; dano moral coletivo; lei de ação civil pública.

## 1 INTRODUÇÃO

Por um momento, o Brasil encontrou uma convergência de circunstâncias que permitiram revelar, de forma histórica, a entranhada corrupção que corroía seus alicerces fundantes e os princípios mesmos de organização da República, a qual pressupõe que a coisa pública seja voltada para a consecução de finalidades públicas. Nesse contexto, a operação Lava Jato, e outras que se sucederam na mesma toada, foram paradigmáticas ao indicar a simbiose de relações parasitárias existentes entre o baronato político e o econômico em detrimento de toda a sociedade.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 02/01/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

<sup>2</sup> LEONARDO BELLINI DE CASTRO, Promotor de Justiça-MPSP, Mestre em Direito – USP-RP, leonardocastro@mpsp.mp.br, Lattes disponível em <http://lattes.cnpq.br/3222818864464576>.

A exposição dos graves esquemas sistêmicos de corrupção existentes, e a punição dos envolvidos, parecia indicar a inauguração de uma nova era da República, na qual a aplicação nivelada da lei em todos os estratos de poder se fazia possível. Tal momento histórico ganhou grande apoio popular, ressonância internacional e mesmo ruptura com velhos paradigmas.

No entanto, como alardeado em inúmeras oportunidades, a reação do sistema não tardaria. Nas palavras imemoriais do personagem Capitão Nascimento, no filme *Tropa de Elite 2*: “(...) o sistema se reorganiza, articula novos interesses, cria novas lideranças. Enquanto as condições de existência do sistema estiverem aí, ele vai resistir. Agora me responda uma coisa: quem você acha que sustenta tudo isso? É. E custa caro. Muito caro”.

Assim, a reação do sistema político, como era esperado, foi contundente, veio de várias frentes e engajou inúmeros atores. O resultado foi não só a anulação da quase totalidade dos esforços anticorrupção empreendidos, como mudanças substanciais na jurisprudência e na própria legislação, impedindo que esforços anticorrupção fossem levados adiante em outras frentes.

Dentre as alterações legislativas que causaram o maior impacto negativo nos esforços anticorrupção certamente se encontra a mudança da Lei nº 8.429/92 pela malfadada Lei nº 14.230/21.

Com efeito, a edição da Lei nº 14.230/2021 – a toque de caixa, e em plena pandemia, criou sérios entraves à apuração e à efetiva repressão dos atos de corrupção, traduzindo réprobo salvo conduto ao agente ímprobo e ao terceiro que com ele concorra. Veja-se que a lei tornou atípicas, no âmbito da improbidade, condutas altamente reprováveis (como o assédio sexual e a tortura praticados por agentes públicos); esvaziou a medida cautelar de indisponibilidade de bens, comprometendo o resultado útil do processo no que diz respeito às sanções patrimoniais; enfraqueceu a tutela do erário ao extirpar a modalidade culposa do artigo 10 (ainda que configurado erro grosseiro ou culpa grave); estabeleceu elementares do tipo cuja possibilidade de demonstração prática é, no mínimo, duvidosa; fixou ônus probatório diabólico ao Ministério Público; limitou a extensão de sanções (mesmo exclusivamente patrimoniais) aos sucessores do agente ímprobo, além de decotar diversas de suas sanções.

Os retrocessos são tantos e tão substanciais que impossíveis de analisar em um único ensaio. Bem por isso, pretende-se aqui analisar a eliminação do caráter exemplificativo do art.11 da Lei nº 8.429/92, que agora passou a contemplar hipóteses taxativas. Com isso, é inequívoco que várias condutas altamente reprováveis que antes se enquadravam na Lei nº 8.429/92, agora se encontram infensas a eventuais sanções capituladas no art.12 da Lei de Improbidade.

Como sabido, o art. 11 da Lei nº 8.429/92 contemplava a prática de atos de improbidade administrativa violadores dos princípios reitores da atividade administrativa, o que fazia em enumeração exemplificativa, dada a infundável possibilidade de hipóteses fáticas que poderiam se suceder.

Importa ressaltar, a propósito, que é lição comezinha a de que os princípios da Administração Pública constituem a estrutura axiológica de regência das atividades administrativas, sendo mesmo considerados como vigas mestras que dão sustentação para o edifício jurídico que ordena o Estado em suas funções várias.

Nesse contexto, ainda que os princípios traduzam uma configuração jurídica aberta, sujeitos à múltiplas acepções em suas estruturas normativas, é cediço reconhecer que possuem um núcleo fundamental, núcleo esse que não comporta conflagrações hermenêuticas muito esgarçadas.

De todo modo, se esse núcleo fundamental antes imprimia uma diretriz cogente aos agentes administrativos, na quadra hodierna, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, passam a compor apenas um esquema normativo decorativo, já que a sua aberta violação não implica em eventual sanção fora das hipóteses agora taxativamente estabelecidas no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

É dizer, se antes a estrutura normativa aberta da art. 11 da Lei nº 8.429/92 possibilitava uma subsunção correspondente às múltiplas hipóteses fáticas então possíveis no mundo fenomênico, no atual regime estaria instituído um possível vácuo jurídico para várias hipóteses ali não expressamente previstas.

Por esse motivo, impõe-se aos operadores do direito uma reconfigurada atenção ao regime de proteção de valores estabelecidos na Constituição Federal, a fim de se concretizar e proteger a sua própria base axiológica, dando-se mesmo concretude aos mandamentos constitucionais que propõem a busca de uma sociedade livre, e aí, pode-se ler livre de corrupção, justa, ou seja, que puna na exata medida atos corruptos ou corruptivos e fraterna, que tenha em mira uma adequada partilha de bens jurídicos entre seus participantes.

Ademais, se a própria Constituição Federal é expressa em estabelecer que a Administração Pública deve seguir os nortes principiológicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não pode, pois, a lei infraconstitucional fazer tábula rasa desse norte substancial, tornando tal comando apenas uma exortação retórica, sem maiores consequências quando levada a efeito sua franca violação.

Sustenta-se aqui, portanto, que na hipótese de eventual vulneração cabal a tais diretrizes, mesmo que não albergada nos preceitos normativos textualmente estabelecidos no art. 11 da Lei nº 8.429/92, comporta o possível e adequado sancionamento do

transgressor, ainda que circunscrito somente à eventual sanção de índole pecuniária.

Para tanto, em se verificando a repercussão difusa da transgressão pela ofensa a valores constitucionalmente assegurados, em vista da reconfiguração jurídica levada a efeito pela Lei nº 14.230/21, é de se ter como imperativo o enquadramento da conduta nas disposições previstas na Lei nº 7.347/85, provocando-se o sancionamento pecuniário correspondente com fulcro em tal diploma, o qual deve funcionar como sucedâneo legal subsidiário para as hipóteses de omissão da Lei nº 8.429/92.

Com o escopo de sustentar a tese aqui defendida, levou-se a efeito uma pesquisa de cunho dogmático, estribada na análise jurídica do instrumental teórico e normativo existente, culminando-se em uma conclusão compreensiva de tal manancial sob o ponto de vista lógico-dedutivo.

De toda sorte, uma melhor compreensão do microssistema coletivo de defesa dos interesses difusos e da teoria do diálogo das fontes fornecerá o substrato teórico necessário para a compreensão do que aqui se afirma.

## **2 DO MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA – INTERAÇÕES ENTRE A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

É fato assente, tanto na doutrina como na jurisprudência, em especial com base na teoria do diálogo das fontes<sup>3</sup> e nos artigos 90 do CDC e 21 da LACP, que o Brasil possui um microssistema processual coletivo, tendo como característica a interação recíproca entre as normas, principalmente do Título III do CDC com as leis de Ação Popular, Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>4</sup>.

O próprio Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de assinalar que a Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se<sup>5</sup>.

Não é, pois, de estranhar-se como legítima a invocação de um outro conjunto de normas para se postular pela reparação de um dano indenizável em casos de omissão da Lei de Improbidade Administrativa.

---

3 JAYME, Erik. In: *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours, vol. 251 (1995), p. 259.

4 GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

5 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 510.150-MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.03.2004.

E isso pela simples razão de que a existência de ordenamentos setoriais não implica em surdez à sistematicidade inerente à hermenêutica jurídica, a qual naturalmente demanda a visão do ordenamento jurídico globalmente considerado, dando-se especial ênfase ao conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que se entrelaçam em um todo lógico.

É dizer, em havendo uma própria diretriz constitucional, que institui a relevância sobranceira dos princípios administrativos, ao se considerar as atividades administrativas e, ainda, um conjunto de direitos fundamentais que asseguram a reparabilidade do dano material e moral, daí somente se pode concluir que não está juridicamente interditada a possibilidade de persecução cível de hipóteses não previstas expressamente na Lei de Improbidade Administrativa.

Para tanto, faz-se absolutamente lúdica a invocação das disposições previstas na própria Lei de Ação Civil Pública, a qual compõe o microsistema jurídico de tutela de bens jurídicos difusos e coletivos, estando o patrimônio público naturalmente aí inserido como bem jurídico passível de tutela, justamente por revelar-se como instrumento material de realização das finalidades constitucionais.

Veja-se, nesse particular, que a possibilidade de ressarcimento por danos causados por lesão ao patrimônio público está expressamente consignada na Lei nº 7.347/85, que dispõe reger-se pelas suas disposições, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao patrimônio público (art.1º, inciso VIII), pretensão que pode ser levada a efeito por meio do uso da ação civil pública.

Na mesma toada, no âmbito da legislação infraconstitucional, o art. 927 do Código Civil também é claro ao estabelecer que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Essas disposições, por si, já forneceriam o manancial jurídico suficiente para a persecução de atos violadores de princípios administrativos agora não expressamente consignados na Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, ainda que não houvesse uma ressalva expressa na Lei de Improbidade Administrativa que em seguida indicaremos, uma exegese juridicamente adequada já apontaria para a possibilidade de tutela de direitos difusos por meio do uso da Ação Civil Pública, incluindo aí o pleito pela aplicação de sanções reparatórias e ressarcitórias por danos causados a tais vetores principiológicos.

De todo modo, o fato é que a própria Lei nº 14.230/21 foi clara ao ressaltar a possibilidade de responsabilização de agentes públicos, inclusive políticos, por danos a outros interesses difusos, inclusive em casos de ofensas ao patrimônio público e social.

É o que se lê, cristalinamente, do disposto no art.17-D, em seu parágrafo único, o qual foi inserido na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21, dispondo que:

Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Em acréscimo, a mesma lei ainda estabeleceu, no art.17, § 16, da Lei nº 8.429/92, que a qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções previstas na Lei de Improbidade, poderá, em decisão motivada, converter a referida ação em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Cumpra sublinhar, por oportuno, que as referidas disposições ainda são expressas em delinear que o uso da ação civil pública não se prestará somente ao controle de legalidade de políticas públicas e responsabilização de entes públicos e governamentais, mas também, e especialmente, para a responsabilização de agentes públicos, inclusive políticos, que podem ser instados a reparar danos causados ao patrimônio público e social.

É dizer, agora a própria Lei nº 8.429/92 é expressa ao consignar que faz parte do microsistema coletivo dantes mencionado, sendo lúdima a simbiose entre os referidos diplomas.

Forçoso concluir, portanto, que a partir da nova sistemática inaugurada pela Lei nº 14.230/21, e em vista da taxatividade dos preceitos estabelecidos no art.11, da Lei nº 8.429/92, em casos de não violação a princípios administrativos não diretamente submersíveis ao referido art.11, da Lei nº 8.429/92, ainda assim, faz-se possível o pleito por reparação de danos com a invocação do disposto na Lei nº 7.347/85.

### **3 DA ESTRUTURA DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E POLÍTICOS NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Impende, de início, observar que a Lei nº 7.347/85, a despeito de estabelecer que os agentes causadores de dano aos interesses difusos ali consagrados respondem pelos prejuízos materiais e morais causados, não delimita de forma circunstanciada os elementos componentes dessa responsabilidade civil.

Deve-se, portanto, mesmo por imperativo lógico, socorrer-se da teoria geral do direito e do próprio direito civil, os quais estabelecem esses marcos determinantes.

E tais elementos são, como sabido a: i) conduta; ii) o resultado e o iii) nexa causal entre a conduta e o resultado<sup>6</sup>.

A conduta, obviamente, não será apenas e tão somente aquela conduta comissiva que agride ao interesse transindividual tutelado, mas poderá e deverá, também, ser objeto de eventual ação civil pública reparatória e ressarcitória aquela conduta omissiva, que inobserva deveres administrativos concernentes, ao agir que se fazia peremptório por disposição legal ou em vista do pretérito comportamento do agente público.

A omissão, nesse particular, para ser juridicamente relevante, a ponto de gerar a obrigação de eventualmente reparar eventual dano material e moral é aquela que pode ter seus caracteres essenciais transposta do direito penal, dada inclusive a natureza e finalidade do referido ramo do direito, tido como a última ratio de defesa da ordem jurídica.

Ter-se-á, pois, uma omissão juridicamente relevante para as hipóteses aqui tratadas, quando o omitente, agente público ou político, essencialmente podia e devia agir para evitar o resultado.

Tal dever, em sua configuração mais fundamental deriva da própria lei, que então estabelece imposições administrativas atreladas aos vários cargos existentes nas estruturas do Estado, cujos deveres administrativos poderão gerar um dano indenizável.

Pode-se cogitar, nessa linha, da hipótese de um Diretor de um estabelecimento prisional, que se omite na tomada de providências, tão logo quando tome conhecimento da existência de práticas sistemáticas encabeçadas pelos carcereiros de imposição de tortura aos presos ali encarcerados, ou que se omite em vista da admissão de objetos ilícitos no interior do estabelecimento, como armas e drogas, por agentes penitenciários.

A sua omissão, em tal caso, ainda que não pudesse ser capitulada nas disposições agora taxativas previstas no art.11 da Lei nº 8.429/92, poderia dar azo à eventual ação civil pública orientada à proteção do patrimônio público, em sua acepção moral, com vistas à preservação da indenidade da prestação do próprio serviço público do qual está encarregado.

De igual modo, tal qual no direito penal, pode-se cogitar da responsabilidade civil em casos em que o próprio agente assumiu a responsabilidade de impedir o resultado com sua conduta ou com seu comportamento anterior criou ou maximizou o risco da ocorrência do resultado danoso.

Imagine-se, assim, a hipótese de um servidor público, que assume circunstancialmente a função de acionar um alarme de perigo público de desabamento em locais de risco, em substituição a colega que lhe solicitou o favor.

---

<sup>6</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.37/38.

Ali, uma vez postado, omite-se de tal providência, culposa ou dolosamente, o que dá azo a um dano de grandes proporções, envolvendo as vítimas de um desabamento que se segue. Em casos tais, naturalmente, poderia ser instado, com fulcro na Lei nº 7.347/85, a reparar os danos individuais e difusos decorrentes de sua conduta omissiva.

De igual modo, são inúmeras as situações de agir comissivo agora não contemplados na Lei de Improbidade Administrativa, e que poderiam dar azo a significativos danos à interesses difusos e ao patrimônio público e social.

Basta ter em mente, a propósito do tema, questões concernentes ao crescimento ordenado das cidades, que devem ter em vista a observância de normas legais e regulamentares destinadas à preservação do meio ambiente natural e artificial.

Assim, uma aprovação ilegal de loteamento, v.g, sem a observância de imposição de ônus aos loteadores para a criação de espaços públicos, estruturas de abastecimento de água e destinação de esgoto, entre outros deveres, não sujeitaria o infrator a punição no seio das disposições previstas na Lei nº 8.429/92, por falta de previsão legal, ainda que comprovados os danos urbanísticos decorrentes da implantação irregular do empreendimento.

Não temos dúvida de que um caso dessa natureza ainda poderá ser objeto de ação civil pública, que objetive não só a regularização do empreendimento, mas também, e especialmente, com o escopo de obter a condenação do responsável ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados.

Veja-se, ademais, que a responsabilização civil para os casos aqui esboçados não se circunscreve apenas às hipóteses em que o agente agiu com dolo, mas também se faz possível a responsabilização nas hipóteses de culpa, se patenteadas a inobservância do dever objetivo de cuidado concernente ao cargo.

Em casos tais, no entanto, a culpa ou o dolo propriamente dito poderão ser sopesados para fins de determinação da extensão de eventual indenização devida, devendo maximizar-se a punição consoante a intensidade do elemento subjetivo do infrator.

De outra linha, como dito, o resultado também transparece como outro elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil do agente público. Assim, para fins de possibilidade de persecução do agente público, ou político causador de um resultado danoso, cumpre que ele seja significativo, ou seja, que tenha relevância que transcenda o mínimo tolerável.

Assim, lesões insignificantes, que não tenham transcendência de modo a tornar a ofensividade difusa, e que atinja de forma relevante uma coletividade de pessoas, obviamente não poderão ser invocadas para fins de propositura de eventual ação civil pública.

Bem por isso, a lesão não poderá circunscrever-se a uma análise meramente formal

de sua existência, mas, sim, há de reclamar uma análise preponderantemente material, reveladora de significância ampla e difusa, atingindo um número significativo ou indeterminado de pessoas.

Para ilustrar, voltemos ao exemplo da aprovação ilegal de um empreendimento. Acaso a ilegalidade circunscreva-se a um elemento formal pouco significativo ou de pouca expressão, não se faz viável cogitar de eventual ação civil pública. De outra linha, acaso a ação administrativa, violadora dos deveres de honestidade e lealdade às instituições, ganhe latitude de modo a prejudicar sobremaneira a coletividade, com a imposição de um crescimento desordenado de um determinado bairro, ter-se-á como impositiva a propositura de ação civil pública.

Basta imaginar, pois, a aprovação do empreendimento sem a infraestrutura necessária para o abastecimento de água, que, inclusive, acaba por prejudicar outros loteamentos vizinhos.

Em casos tais, o dano daí advindo com a recorrente falta de água, é algo de coletivamente significativo, o que pode ensejar ação civil pública em face do agente público responsável, não somente para a reparação material devida, mas também, e especialmente, para a reparação dos danos morais aí experimentados pela coletividade.

De toda sorte, as especificidades do dano moral coletivo exigem uma maior detença em sua análise para a sua esmerada apreensão, motivo pelo qual importante seja pontuado os pormenores que eventualmente podem se fazer presentes.

#### **4 O DANO MORAL COLETIVO NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Importa observar, logo de início, que a indenização pelo dano moral é um direito fundamental de dimensão constitucional, tendo a sua previsão expressa no art. 5º, X, da Constituição Federal, donde se conclui que nenhuma emenda constitucional ou mesmo norma infraconstitucional pode afastar a tutela de tal esfera de proteção da dignidade humana.

E aqui importa frisar que a dignidade humana não há de ser compreendida em uma perspectiva meramente individual, mas sim enquanto cerne axiológico a albergar um número indeterminado de pessoas, o que fundamenta a sua proteção de maneira difusa.

Desnecessário sublinhar, nesse prisma, que no âmbito infraconstitucional a reparabilidade do dano moral coletivo é amplamente aceita, sendo vários os dispositivos que asseguram tal esfera de proteção, além de serem relativamente comuns a imposição de sanções pecuniárias destinadas a repará-lo em áreas como a defesa do meio ambiente, relações de trabalho, direitos do consumidor, entre outros.

Na esfera da improbidade administrativa, todavia, o tema sempre encontrou controvérsia, a despeito de inúmeras decisões que reconheceram a sua existência na hipótese de danos imateriais significativos.

Nas precisas palavras de Garcia:

“(…) todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas”.<sup>7</sup>

De fato, em sendo a exigência da probidade administrativa um interesse que pertence, indeterminadamente, a toda a sociedade, daí decorre sua natureza jurídica de bem indivisível<sup>8</sup>.

De todo modo, como já frisamos, não se deve extrair de toda e qualquer violação aos princípios de regência da atividade administrativa a imediata obrigação de indenização pelo dano moral coletivo experimentado.

A propósito, bem nos adverte o eminente civilista Carlos Alberto Bittar que:

O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.<sup>9</sup>

Dito isso, impõe-se observar que a fluidez do conceito implica seja ele desdobrado em seus caracteres estruturantes, de modo se a extrair as potenciais situações concretas nas quais se faz possível suscitá-lo.

---

7 GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4ª ed. Revista e ampliada, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.434.

8 SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010, p.105-111.

9 BITTAR, Carlos Alberto. Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 12, out/dez/94.

Nessa linha, as lições de Maksym se fazem precisas, quando identifica quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo, quais sejam:

(i) o requisito material, que representa o fato físico e o prejuízo em si (a lesão ao interesse ou a diminuição de bem) no mundo concreto, ou seja, o comprometimento do fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem; (ii) o elemento formal, que provém da norma jurídica (a antijuridicidade da lesão à dignidade); (iii) o elemento quantitativo, que indica que referido prejuízo concreto deve atingir uma coletividade; e, por fim, (iv) o elemento qualitativo, que implica a indivisibilidade do referido bem atingido.<sup>10</sup>

Decorre daí, de início, que, para se cogitar de eventual ação civil pública pela violação aos princípios de regência da atividade administrativa, deve ser verificado se o ato não se encontra qualificado como de improbidade na própria Lei de Improbidade Administrativa ou em legislação especial.

Em seguida, impõe-se analisar a dimensão material do dano praticado, somente existente acaso a lesão atinja significância ampla e difusa, quer em razão da relevância dos interesses subjacentes inobservados, em especial aqueles concernentes a áreas sensíveis para o resguardo da sociedade, quer em razão da gravidade da conduta praticada, reveladora de um especial desvalor social.

De sua vez, do elemento formal deriva a necessidade de perquirir-se se a violação ao princípio importa também violação a uma norma jurídica em especial ou a um conjunto transcendente de normas setoriais.

Por derradeiro, os elementos qualitativos e quantitativos referem-se à natureza e extensão da lesão verificada no tocante a agressão à base axiológica orientadora da conduta do agente público, de modo que se atinja um número amplo ou indeterminado de pessoas.

Um exemplo envolvendo acontecimentos recentes irá ajudar a aclarar o tema.

Imagine-se, assim, a hipótese de atuação clientelística de determinados agentes públicos, com vistas a beneficiar pessoas de seu círculo pessoal de amigos, em campanha de vacinação em curso em meio a uma pandemia de natureza letal. Tal agente, em nosso exemplo, violaria ordem de precedência da vacinação de pessoas mais vulneráveis para o benefício de terceiros

---

10 MAKSYM, Cristina Borges Ribas. A Reparação do Dano Moral Coletivo por Ato de Improbidade Administrativa, Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 8, n. 1, p. 99-120, 2021.

Em tal situação hipotética, ter-se-ia como clara uma dimensão material do dano causado, haja vista a natural repulsa que decorreria para a sociedade em geral, fato revelador de um significativo desvalor social. De igual modo, o elemento formal também se conectaria com as normativas próprias editadas para regular as campanhas de vacinação, as quais teriam em mira as pessoas componentes de grupos especialmente sensíveis e vulneráveis, que deveriam por isso ser prioritariamente vacinadas.

Por derradeiro, uma conduta dessa natureza seria qualitativamente repugnante em vista dos valores subjacentes vulnerados, bem como quantitativamente significativa em vista dos grupos prioritários prejudicados de forma difusa.

Como no caso hipotético ventilado, o fato não mais encontra enquadramento no art.11 da Lei nº 8.429/92, obviamente seria cabível cogitar-se de eventual ação civil pública com vistas à condenação do agente público à reparação dos danos morais coletivos impostos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não há dúvidas de que a Lei nº 14.230/2021 impôs severos retrocessos no microsistema de enfrentamento da corrupção, produto que é de um natural revanchismo de grupos políticos atingidos por medidas que antes se faziam inalcançáveis para determinadas castas.

De todo modo, em que pese às inúmeras inconstitucionalidades que certamente serão suscitadas, os operadores do direito, em especial os membros do Ministério Público, agora terão que fazer uso de outros instrumentos legais existentes com vistas à minoração dos danos carreados à sociedade em geral em razão do novo regime. E isso para assegurar-se uma integral defesa do patrimônio público, missão própria e constitucional do Ministério Público.

Um desses instrumentos que certamente deverá ser mais utilizado é a ação civil pública, a qual deverá servir como sucedâneo da Lei de Improbidade Administrativa, para a tutela de interesses transindividuais correlatos à defesa do patrimônio público nas hipóteses de omissão normativa da Lei de Improbidade Administrativa.

Cabe, pois, ao Ministério Público e seus atores ainda a árdua e difícil missão de promover o enfrentamento da corrupção. E dessa missão não se pode arrefecer jamais, sob pena de subjugar-se, por completo, o objetivo fundamental da nossa República, que é o de construir uma sociedade livre, justa e fraterna. Em tal República, constitucionalmente desenhada em 1988, certamente não há de haver espaço para a corrupção.

## COLLECTIVE PAINAL DAMAGE AND PUBLIC ADMINISTRATION GOVERNING PRINCIPLES - A NECESSARY REVIEW

### ABSTRACT

The Law nº 14.230/2021 imposed severe setbacks in Brazil's anti-corruption system, undermining the effectiveness in dealing with administrative improbity, then governed by Law nº. 8.429/92. The now exhaustive enumeration of the hypotheses of violation of the principles of Public Administration as a modality of act of administrative improbity was inserted in this framework with the objective of promoting the emptying of the protection of probity as a control mechanism of administrative action. In this sense, the present work aims to point out the Public Civil Action Law as a residual mechanism for the defense of public assets in its moral and material meaning for the hypotheses not expressly contemplated in the Administrative Improbity Law.

**Keywords:** administrative impropriety; violation of the governing principles for administrative activity; collective moral damage; public civil action law.

### REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. *In: Revista de Direito do Consumidor*, nº 12, out/dez/94.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. Revista e ampliada, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JAYME, Erik. *In: Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne*. Recueil des Cours, vol. 251 (1995).
- MAKSYM, Cristina Borges Ribas. A Reparação do Dano Moral Coletivo por Ato de Improbidade Administrativa. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 8, n. 1, p. 99-120, 2021.
- SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.





**VENDA PROIBIDA  
IMPRESSO COM  
RECURSOS PÚBLICOS**



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Maria Alice Ferraz, 120. Luciano Cavalcante, Fortaleza-CE - CEP: 60.811-295.

Fone: (85) 3452.4521 / 3452.3709 / 3252.1790

[www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)