

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho

COMPÊNDIO DE ARTIGOS JURÍDICOS



Editora
DIN.CE

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho

COMPÊNDIO DE ARTIGOS JURÍDICOS



Fortaleza-CE

2023

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Da Autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

COELHO Leonardo Rodrigues Arruda
COMPÊNDIO DE ARTIGOS JURÍDICOS
Editora DINCE 2023. 271 p. IMPRESSO

ISBN: [978-85-7872-637-9](#)
DOI: [10.56089/978-85-7872-637-9](#)

1. Direito Público e Privado 2. Artigos doutrinários I. Título

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

SUMÁRIO:

O sigilo absoluto nas mídias digitais.....	9
Rol taxativo de eventos e procedimento em saúde na visão do STJ.....	37
A cobertura da fertilização in vitro pelos planos de saúde	65
O enigma da execução: decifra-me ou te devoro	91
A liberdade de expressão nas novas tecnologias comunicativas: bases para uma regulação democrática.....	129
O entrechoque entre a soberania dos veredictos e a prestação jurisdicional no Júri.....	191
Homicídio qualificado com dolo eventual	225

APRESENTAÇÃO

A presente obra reúne artigos científicos publicados em revistas jurídicas, trazendo temas ilustrados na seara do Direito.

Na seleção dos assuntos abordados, buscou-se refletir as discussões que estão na ordem do dia, expondo os diversos argumentos jurídicos e suas bases interdisciplinares.

O SIGILO ABSOLUTO NAS MÍDIAS DIGITAIS.

Resumo: o artigo examina o panorama do debate sobre o sigilo das comunicações em aplicativos de mensagens e a possibilidade de monitoramento das comunicações pelas autoridades estatais. De início, será exposto o tratamento do tema no âmbito nacional, com os entendimentos oriundos do Poder Judiciário. Em seguida, serão expostos os desafios enfrentados pelas agências de segurança no combate às organizações criminosas e o tratamento do tema em âmbito internacional.

Palavras-chave: criptografia forte. WhatsApp. criminalidade. direito à privacidade. STJ. STF. legislação estrangeira.

Abstract: the article examines the panorama of the debate on the secrecy of communications in messaging applications and the possibility of monitoring communications by state authorities. At first, the treatment of the topic at the national level will be exposed, with the understandings coming from the judiciary. Then, the challenges faced by security agencies in the fight against criminal organizations and the treatment of the issue at the international level will be exposed.

Keywords: Strong encryption. Whatsapp. criminality. right to privacy. STJ. STF. foreign legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. A posição do Judiciário brasileiro. 3. O debate internacional. 4. A lei TOLA da Austrália. 5. A legislação de outros países. 6. Balizas para regulamentação. 7. Panorama da criptografia. 8. Segurança no WhatsApp. 9. Criptografia emergente e novos desafios.

1-INTRODUÇÃO

O debate sobre a privacidade dos cidadãos frente aos poderes do Estado sempre ressurgiu com os aparecimentos de novas tecnologias. As mídias digitais reacenderam os dilemas éticos entre privacidade e segurança em diversos países. No Brasil, o debate ganha contornos extremos, dada a urgência em definir critérios para o cumprimento de ordens judiciais. Isso em decorrência da utilização crescente de aplicativos mensageiros para a prática de graves violações de direitos humanos, como terrorismo, redes de pedofilia e tráfico de drogas e de pessoas. A ponderação entre os riscos de intromissão estatal e a segurança de pessoas vulneráveis, como mulheres e crianças, desperta um profundo debate acerca dos limites da comunicação sigilosa.

O direito digital busca evidenciar as diferentes correntes acerca do tema, levando os gabinetes de tribunais a enfrentarem a questão de forma coercitiva, mesmo diante da impossibilidade prática da implementação de suas deliberações. Paralelamente, parlamentos e governos de diferentes países almejam intervir nas grandes empresas de tecnologia da informação, impondo restrições ao sigilo nas trocas de informações. Contudo, essas medidas intrusivas muitas vezes são mitigadas pelo Poder Judiciário, evitando um cerceamento desmedido na liberdade dos cidadãos. O presente trabalho traça um panorama nas idas e vindas no tratamento do tema, analisando os julgamentos recentes dos tribunais superiores e mostrando as tendências futuras da criptografia no curto prazo.

2-A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, juízes de primeira instância ordenaram que o aplicativo WhatsApp fornecesse acesso às comunicações realizadas pelo aplicativo. As ordens foram emitidas por varas criminais da justiça comum estadual e federal, além da justiça eleitoral e militar. Esses mandados judiciais não são cumpridos, sob a alegação de impossibilidade técnica, bem como o respeito ao direito fundamental à privacidade. Como consequência, o aplicativo corriqueiramente tem seu uso suspenso no país, sendo esta decisão revertida em grau recursal.

Na segunda instância, alguns tribunais adotaram postura semelhante, obrigando a empresa Meta a fornecer acesso às comunicações, sob pena de multa cominatória. Contudo, no âmbito dos tribunais superiores, a questão tende a se inclinar favoravelmente à tese das empresas provedoras.

Em 2021, a 5ª turma do STJ decidiu o REsp. nº 1.871.695/RO, entendendo por unanimidade que é inviável obrigar o WhatsApp a fornecer informações criptografadas.

O TJRO havia condenado o aplicativo a fornecer as informações telemáticas, sob pena de multa por descumprimento. A 3ª Seção do STJ já havia decidido no REsp 1.568.445-PR, julgado em 2020, pela viabilidade de aplicação da multa cominatória a terceiros no processo penal, com esteio na aplicação subsidiária do art. 537 do NCPC c/c art. 3º do CPP, além da analogia com os arts. 219 (multa para a testemunha faltosa) e 436, § 2º (multa para quem se recusa injustificadamente a participar como jurado), ambos do CPP.

A empresa recorreu ao STJ. Em contrarrazões, o Ministério Público de Rondônia argumentou que a tecnologia utilizada pelo agravado corresponde a mera opção comercial, escolha essa, porém, que não pode impossibilitar o acesso aos dados, mas apenas dificultá-lo, e que a criptografia de ponta a ponta pode ser quebrada, o que não teria sido negado nem mesmo pelo agravado.

No entanto, essa presunção do órgão ministerial mostrou-se equivocada. Conforme o relator no STJ, Ministro Ribeiro Dantas:

“Diversamente do precedente colacionado, a questão posta nestes autos objeto de controvérsia é a alegação, pela empresa que descumpriu a ordem judicial, da impossibilidade técnica de obedecer à determinação do Juízo, haja vista o emprego da criptografia de ponta a ponta, incidindo a regra 'ad impossibilia nemo tenetur', ou seja, ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível”.

A criptografia busca garantir a integridade, autenticidade e confidencialidade das comunicações. O WhatsApp utiliza a criptografia de chave pública ou assimétrica, onde cada usuário possui duas chaves, uma para cifrar e outra para decifrar. O objetivo de tais sistemas é criar um túnel criptográfico entre os usuários, sendo que as mensagens enviadas e recebidas passam por um servidor que tem a função de estabelecer protocolos de

sinalização, descobrir os endereços IPs das partes e auxiliar na troca de chaves. Não é possível a interceptação de mensagens criptografadas do WhatsApp devido à adoção de criptografia forte pelo aplicativo.

É possível a desabilitação da criptografia de ponta a ponta de um usuário específico por meio da modificação do protocolo criptográfico. As autoridades públicas também podem se valer de outros instrumentos para auxiliar nas investigações, como o uso de metadados e geolocalização.

O STF também examina o tema na ADPF 403 e na ADI 5527. Por enquanto, dois ministros proferiram votos. As duas ações caminham para o entendimento de que a ciência confirma a impossibilidade técnica de interceptar dados criptografados de ponta a ponta.

No julgamento acima, a Min. Rosa Weber pontuou:

“A doutrina designa por efeito inibitório (*chilling effect*) sobre a liberdade de expressão. Nesse sentido, a comunicação desinibida é também uma pré-condição do desenvolvimento pessoal autônomo. Seres humanos desenvolvem suas personalidades comunicando-se com os demais. As consequências da ausência dessa pré-condição em uma sociedade vão desde a desconfiança em relação às instituições sociais, à apatia generalizada e a debilitação da vida intelectual, fazendo de um ambiente em que as atividades de comunicação ocorrem de modo inibido ou tímido, por si só, uma grave restrição à liberdade de expressão”.

Um programa de computador é equiparado a uma obra literária, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 9.609/1998: “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

A ministra Rosa Weber asseverou em seguida:

“Sob enfoque diverso, considerando que software é linguagem, e como tal, protegido pela liberdade de expressão, indaga-se se compelir o desenvolvimento compulsório de uma aplicação para se implementar a vulnerabilidade desejada, a determinação para a escrita compulsória de um programa de computador não

configuraria, ela mesma, uma violação do direito à liberdade de expressão do desenvolvedor. O direito à privacidade tem como objeto, na quase poética expressão de Warren e Brandeis, a privacidade da vida privada. O escopo da proteção são os assuntos pessoais, em relação aos quais não se vislumbra interesse público legítimo na sua revelação, e que o indivíduo prefere manter privados.”

No mesmo julgamento, o Min. Edson Fachin assentou:

“A manipulação de dados pessoais fere a autonomia individual. Em uma sociedade democrática deve-se manter um ambiente digital com a maior segurança possível para os usuários. Essa premissa é evidenciada tanto pela manifestação dos peritos da Polícia Federal que participaram da audiência pública quanto da Associação de Magistrados Brasileiros: ‘a internet segura é direito de todos’”.

Logo em seguida, o mesmo ministro demonstrou preocupação com o sigilo absoluto das comunicações, demarcando o impasse que cerca o tema:

“Os casos de pornografia infantil e de condutas antidemocráticas, como manifestações xenófobas, racistas e intolerantes, que ameaçam o Estado de Direito. Os órgãos de segurança do Estado ficam, pois, privados de instrumento tido por indispensável – e que é reconhecido como plenamente legítimo em relação às chamadas telefônicas – na solução dessas violações. A possibilidade de manipulação de dados diminui a própria esfera de autonomia e determinação do indivíduo. Nos termos da jurisprudência alemã, essa prática atinge o direito à autodeterminação informacional.”

De outro giro, o parecer do PGR nessa mesma ADPF restou assim ementado:

“1. A prática generalizada de crimes cibernéticos é coibida pela legislação brasileira, que prevê a interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática e

telemática (Lei 9.296/96) 2. A utilização de aplicativos de conversação por integrantes de organizações criminosas tem originado decisões judiciais de quebra do sigilo das comunicações, cuja possibilidade é prevista na Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14). 3. Embora sediada no exterior, a WhatsApp Inc. há de observar a legislação brasileira e as ordens emanadas do Poder Judiciário (art. 11, Lei 12.965/14), inclusive no que concerne a fornecer o conteúdo de comunicações privadas (art. 7º, II e III e art. 10, § 2º, Lei 12.965/14). 4. O bloqueio nacional dos serviços e atividades da WhatsApp Inc. como meio de induzir o cumprimento das decisões judiciais é desproporcional e viola as liberdades comunicativas (art. 5, IV e IX, CF) e, portanto, implica lesão a preceito fundamental, podendo o magistrado valer-se de aplicação de astreintes e cominação de sanções. Parecer pela procedência do pedido na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para obstar bloqueio nacional dos serviços do Whatsapp como meio coercitivo para cumprimento de decisões judiciais, sem prejuízo da adoção de outras providências para cumprimento das ordens judiciais.”

Desta forma, no entender dos dois ministros, somente com a autorização do próprio usuário podem as informações ser acessadas, prestigiando-se o direito fundamental à privacidade. Na ADI 5527, o Min. Fachin votou pela declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do inciso II do art. 7º e do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014.

Por sua vez, a PGR se manifestou de forma contrária ao bloqueio do aplicativo, mas ressaltou a possibilidade de outras medidas coercitivas, como a aplicação de multa cominatória.

Na mesma esteira dos dois ministros do STF, a 5ª turma do STJ decidiu o REsp. nº 1.871.695/RO, mesmo pendente os demais votos na Corte Excelsa, com base na vedação ao *non liquet*, prevista no art. 140 do CPC, entendendo pela inviabilidade da ordem judicial ao WhatsApp.

Inicialmente, o julgamento resolveu questão preliminar referente à alteração do Novo Código de Processo Civil, que modificou a redação antes prevista no art. 557 do CPC/73, pela atual redação do art. 932, IV, “b” do NCCP. Assim, não há mais a possibilidade de o relator negar seguimento ao

recurso com base em jurisprudência dominante do tribunal, mas sim com base em julgamento de recursos repetitivos. Além disso, o art. 932, IV não mantém perfeita correspondência com o art. 927 do NCPC, que prevê as modalidades de precedentes qualificados. Confrontando os atuais dispositivos com o RISTJ, a 5ª turma decidiu que não há impossibilidade de decisão monocrática no caso em exame.

O acórdão recorrido entendeu pela viabilidade da ordem judicial, considerando que o sigilo das comunicações privadas não é uma garantia absoluta. Logo, seria juridicamente possível a cominação de astreintes em procedimento investigatório criminal ou inquérito policial, como instrumento de coerção ao cumprimento da ordem judicial de fornecimento do teor de comunicações privadas, com base nos artigos 139, IV, 461, § 5º, e 461-A, do NCPC, de aplicação subsidiária ao processo penal, nos moldes do art. 3º do Código de Processo Penal.

Ainda que a criptografia forte impossibilite a interceptação das comunicações, há corrente jurisprudencial que defende a aplicação da multa cominatória às empresas provedoras, ainda que seja impossível seu cumprimento, por força da teoria do risco do desenvolvimento.

Conforme Benjamin, Marques e Bessa:

“Os riscos de desenvolvimento são os defeitos que - em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço eram desconhecidos e imprevisíveis.”

Logo, a obstrução de uma medida legítima, reconhecida inclusive pela Constituição da República, a saber, o fornecimento de dados para persecução penal, configuraria defeito do serviço, a atrair a incidência da citada teoria.

Conforme destacado no acórdão recorrido:

“Giselda Hironaka desenvolveu a teoria da responsabilidade pressuposta. A respeito dessa teoria, Flávio Tartuce diz ser necessário buscar, em um primeiro plano, reparar a vítima, para depois verificar-se de quem foi a culpa, ou quem assumiu o risco. Com isso, o dano assume o papel principal no estudo da responsabilidade civil, deixando de lado a culpa. Ademais, pela tese, pressupõe-se a responsabilidade do agente pela

exposição de outras pessoas a situações de risco ou de perigo, diante de sua atividade (*mise en danger*).” (Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. V. 2, 2017, p. 377).”

Logo, seria juridicamente possível impor a multa cominatória à empresa, mesmo que se verifique a impossibilidade técnica da quebra de sigilo em razão da criptografia. Isso porque, o defeito do serviço (impossibilidade técnica) decorre da exploração da atividade normalmente desenvolvida pela empresa. Ademais, ela auferes os frutos (lucros) da oferta de criptografia de ponta a ponta, incidindo a máxima “*venire contra factum proprium*”.

O próprio legislador traçou limites a serem observados na proteção ao sigilo de dados. Essa proteção não é absoluta. Vê-se uma espécie de ponderação *prima facie*.

A Anatel igualmente recomendou a implantação do protocolo IP Versão 6 nas redes das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações e assinalou a imprescindibilidade do fornecimento das portas lógicas por provedores de aplicações.

Por fim, o acórdão recorrido asseverou:

“Não se revela absoluto o direito ao sigilo de dados, nem tampouco à livre iniciativa. Além disso, a quebra de dados possui balizamento legal. Nesse momento, é importante trazer à reflexão dados fáticos que demonstram a importância de se limitar e restringir o sigilo conferido à troca de mensagens entre usuários de aplicativos de comunicação. Em várias apurações criminais, os órgãos de repressão ao crime verificam a utilização de vias tecnológicas ocultas para a prática livre e desembaraçada de crimes graves... Obrigar o WhatsApp a quebrar o sigilo de dados de alguns usuários, em determinados casos concretos, a partir de ordem judicial fundamentada para tanto, merece o mesmo tratamento jurídico que aquele dado à prática da tortura?”

A proibição à tortura é citada pela doutrina constitucionalista como o único direito absoluto existente no ordenamento jurídico. A inviolabilidade do WhatsApp representaria uma imunidade absoluta virtual.

Em outro precedente do STJ, exarado no REsp 1.622.483/SP, relacionado aos custos do armazenamento dos logs dos usuários, o tribunal decidiu que se trata de providência inerente ao risco do próprio negócio, devendo a empresa suportar esse custo. A alegação de impossibilidade fática não obistou o pedido de identificação do usuário.

Por sua vez, o art. 10, §§ 1º e 2º, do Marco Civil da Internet dispõem:

“§1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.”

No entanto, essa corrente não prosperou no STJ, tendo sido negado provimento ao recurso do Ministério Público. Conforme constou no relatório do voto do Min. Ribeiro Dantas, o MP/RO alega no agravo que: a criptografia de ponta a ponta pode ser quebrada, o que não teria sido negado nem mesmo pelo agravado (WhatsApp Inc.) e a impossibilidade de quebrar a tecnologia, para atender ordem judicial, não se alinha ao ordenamento jurídico brasileiro.

Mais adiante, ainda no relatório, o Min. Ribeiro Dantas pontuou: “Apesar disso, o MP/RO não nega seu conhecimento sobre o entendimento desta Corte, no sentido de o recorrido não possui capacidade técnica para o fornecimento do conteúdo das mensagens encriptadas, a despeito da sua discordância”.

Em conclusão de julgamento, o relator se valeu do art. 315, §2º, IV, do CPP, que possui idêntica redação ao art. 489, §1º, IV, do NCPC, dispondo que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão

adotada pelo julgador. Em conclusão de julgamento, ao abrigo do art. 315, § 2º, IV, do CPP, o tribunal apreciou todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a solução adotada, embora ela não tenha conseguido êxito em nenhum deles.

Dessarte, no entender dos ministros da 5ª turma do STJ, a existência de ordem judicial baseada na Lei nº 9.296/96 não é suficiente para a fixação de astreintes no caso de criptografia de ponta a ponta.

3-O debate internacional

Diversos países têm sido palco de embates entre as empresas de aplicativos mensageiros e autoridades governamentais. Em estágio mais avançado, a Austrália aprovou a legislação mais enérgica sobre a matéria.

As primeiras propostas de quebra de sigilo da criptografia remontam à década de 1990 nos Estados Unidos. Na administração Clinton, foi desenvolvido um chipset chamado chip clipper, pela Agência de Segurança Nacional, como um dispositivo de encriptação, porém com uma backdoor embutida, a ser adotado por empresas de telecomunicações para a transmissão de voz. Foi anunciado em 1993, mas extinto em 1996.

Um backdoor é uma porta de acesso não documentada que permite ao administrador entrar no sistema burlando a criptografia.

Após os atentados de 11/09/2001, foi aprovado o Ato Patriota, uma lei que ampliou os poderes de monitoração das agências governamentais do Estados Unidos. No Título 5, a lei autorizou a implantação de backdoors ocultos nos aplicativos, tornando-os vulneráveis aos hackers a serviço do governo. Várias partes deste título foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte.

Em 2013, Edward Joseph Snowden revelou detalhes do sistema de vigilância global da agência de segurança nacional americana e do Reino Unido.

No mesmo ano, Mathew Rosenfeld, de codinome Moxie Marlinspike, e Trevor Perrin, criaram o protocolo de sinal aberto, que foi adotado pelo WhatsApp em 2014. Nele, as chaves de criptografia usadas por um receptor e um remetente são sempre descartadas e novas chaves são geradas, em um

processo irreversível conhecido como catraca dupla. A empresa intermediária da comunicação não tem acesso a ela.

Posteriormente, no clamor público gerado por uma série de atentados terroristas, o Facebook anunciou o uso de inteligência artificial e uma equipe de contraterrorismo baseada em vários países para monitorar comunicações suspeitas de grupos extremistas.

Na sequência dos acontecimentos, em reunião no G20, as maiores economias do mundo exortaram as empresas a intensificarem os esforços para auxiliar no combate a crimes graves planejados por meio de aplicativos de mensagens.

Em 2016, o FBI pediu à Apple que fornecesse uma backdoor para um smartphone de um suspeito. A negativa da empresa gerou um fervoroso debate público nos Estados Unidos.

Após esse embate, foram emitidas diversas ordens judiciais para que as empresas fornecessem as informações solicitadas pelas agências de segurança. Como a garantia de privacidade faz parte do negócio, as empresas ficaram em uma encruzilhada. A saída foi utilizar um método de encriptação que nem elas têm acesso às chaves, mesmo que seja ordenado por um tribunal.

4-Lei TOLA da Austrália

A Austrália se destacou ao legislar especificamente sobre o assunto. Ainda em 2015, foi aprovada a Lei de Coleta de Metadados. Inicialmente, imaginava-se que seu uso seria restrito. No entanto, os relatórios indicam mais de 350 mil solicitações de acesso por ano pelas autoridades. Isso em um país com uma das menores taxas de homicídio do mundo, de 1,1 por 100.000 habitantes.

Contudo, foi com a Lei de Telecomunicação, Assistência e Acesso, de 2018, que as autoridades menoscabaram a criptografia. Ela prevê três avisos às empresas: TAR, TAN e TCN. Os dois primeiros instigam os provedores a utilizarem tecnologia descriptográfica que já possuem. O terceiro aviso tem a natureza jurídica de uma notificação obrigatória, e pode obrigar o provedor a construir uma nova capacidade de descriptação.

A criptografia utiliza fórmulas matemáticas que envolvem cálculos fatoriais, exponenciais, fatoração em números primos e funções lagrangeanas. A encriptação forte, como a de ponta a ponta, é matematicamente indecifrável por meios clássicos, a menos que se instale sorrateiramente um backdoor oculto. Apesar dessa constatação científica, o primeiro-ministro australiano declarou que as leis da matemática são louváveis, mas devem ceder diante das leis da Austrália.

No caso de o aparelho ser apreendido pela polícia, haverá uma notificação ao fabricante, como Apple, Google ou Samsung, para prestar auxílio às autoridades. Não é necessário mandado judicial, bastando o diretor da agência de segurança certificar que a assistência da empresa é razoável e proporcional, e que o cumprimento da ordem é tecnicamente viável.

Se houver recusa da empresa, por ser a medida impraticável, a notificação (TCN) é emitida pelo Procurador-Geral com a aprovação do Ministro das Comunicações. Trata-se de um expediente raro, já que na maioria dos casos há cooperação voluntária dos provedores.

A lei australiana se inspirou na Lei de Poderes de Investigação do Reino Unido, de 2016, que tinha como alvo o combate ao terrorismo. De maneira geral, as leis que autorizam o monitoramento de grupos jihadistas são aceitas em diversos países sem grandes questionamentos. No entanto, sua extensão atual para o combate à criminalidade gerou receios de que essas leis sejam utilizadas para a perseguição política ou ideológica.

A Lei TOLA autoriza a instalação de um backdoor oculto para a entrega de dados criptográficos. Se as empresas não podem mais garantir a privacidade de seus usuários, ficarão em desvantagem mercadológica frente à concorrência com centenas de outros aplicativos menos conhecidos, e que garantem o sigilo das comunicações.

A lei australiana passa por reformas atualmente. Após a pandemia e os incêndios florestais, os abusos cometidos com base na Lei TOLA tiveram espaço no debate público. A lei é acusada de ser desnecessariamente complexa. Além disso, há uma demanda pela diminuição do escopo da lei, reservando seu uso apenas para crimes graves, como terrorismo, organizações criminosas transnacionais e redes de pedofilia. Atualmente, a lei aplica-se até aos crimes autorais.

Outra questão debatida é a necessidade de autorização judicial. A chamada aliança dos cinco olhos, formado por cinco países, que incluem

Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia, exige ordem judicial para a quebra de sigilo. A Lei TOLA não contém essa exigência. O projeto de lei de emenda à lei TOLA recebeu apoio da Comissão Parlamentar Mista de Inteligência e Segurança, composta de deputados e senadores. Segundo os apoiadores da lei, no entanto, os poderes às agências continuam necessários à segurança da população, e os grandes temores das empresas na época da aprovação da lei não se confirmaram.

Contudo, é consenso de que a lei deve prever maiores salvaguardas aos cidadãos, sob pena de a prova ser tida como ilegal. Como exemplo, o projeto proíbe a prisão de um suspeito fundamentada apenas na comunicação descryptografada.

5-A legislação em outros países.

Na esteira inaugurada pela Austrália, diversos países têm debatido a obrigatoriedade de fornecimento de informações criptografadas. A China possui um aplicativo controlado pelo governo, Weibo, sendo proibida a utilização de aplicativos ofertados no mercado.

A Índia possui o maior número relatado de casos de pedofilia do mundo. O país se digitalizou rapidamente, ocasionando um excesso de notícias falsas virtuais e ofensas anônimas. Isso levou a vários casos de linchamentos por multidões. No Brasil, uma dona de casa foi linchada em 2014, em Guarujá-SP, por conta de uma notícia falsa que a ligava à magia negra. Esses fatos levaram a várias propostas de descrição das comunicações.

A Índia aprovou em fevereiro de 2021 regulamentos para rastreabilidade nas plataformas digitais, como WhatsApp, inclusive com a quebra da criptografia de ponta a ponta.

No Brasil, a Lei nº 9.296/96 prevê no art. 1º, §1º, a extensão da interceptação ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, como e-mails e aplicativos mensageiros. A Lei nº 13.964/19 incluiu o art. 8º-A na lei referida, prevendo a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. No primeiro caso, deve ser cominada pena de reclusão ao crime investigado, e no segundo caso a pena máxima do delito deve ser superior a 4 anos.

A Esafety postou em seu blog uma análise sobre a busca desafiadora pelo equilíbrio entre a privacidade e a segurança. Posteriormente, uma carta foi divulgada, com a subscrição de mais de 100 organizações de proteção infantil, demonstrando preocupação com as redes de pedofilia que permanecem impunes por conta do sigilo dos aplicativos.

Em Ohio, foi revelado que, em novembro de 2021, os investigadores da DEA exigiram que o WhatsApp rastreasse sete usuários com sede na China. O aplicativo revelou que a DEA não conhecia as identidades de nenhum dos alvos, mas disse à empresa para monitorar os endereços IP e os números com os quais os usuários visados estavam se comunicando, bem como quando e como eles estavam usando o aplicativo. Essa vigilância é feita com base na Lei de Registros de Caneta, de 1986, e não busca nenhum conteúdo de mensagem, o que o WhatsApp não poderia fornecer de qualquer maneira, pois é criptografado de ponta a ponta.

Existe uma rede de tráfico instalada no continente asiático para o envio de opioides para os Estados Unidos na Web, e que utiliza aplicativos criptografados, como Telegram e Wickr, prometendo produtos químicos para pesquisa. O envio envolve psicofármacos benzodiazepínicos, como diazepam e alprazolam, que causam dependência química.

As autoridades dos EUA ordenam com relativa frequência que o WhatsApp e outras empresas de tecnologia instalem registros de canetas sem mostrar nenhuma causa provável. A ordem do governo para rastrear usuários chineses veio com a afirmação de que o Departamento de Justiça precisava fornecer apenas três elementos para justificar o rastreamento de usuários do WhatsApp: a agência que faz o pedido, a identidade do agente da lei que faz o pedido e uma certificação do requerente de que as informações que serão obtidas são relevantes para uma investigação criminal em andamento conduzida por essa agência.

No pedido dos usuários chineses, o governo informou que, além dos três elementos descritos acima, a lei federal não exige a especificação de qualquer fato no pedido de ordem autorizando a instalação e uso de um registro de caneta. As agências americanas podem monitorar os usuários de aplicativos de mensagens sem precisar de autorização judicial.

A Seção 21 da Lei de Direitos da Nova Zelândia de 1990 prevê que “toda pessoa tem o direito de ser protegida contra busca ou apreensão desarrazoada, seja da pessoa, propriedade ou correspondência ou de outra forma”. Isso significa que as pessoas têm expectativa razoável de privacidade

e qualquer busca, apreensão ou vigilância deve cumprir com o padrão primordial de razoabilidade. Os provedores só podem ser obrigados a praticar atos razoáveis e necessários. Isso significa que exigir que os provedores criem um backdoor ou enfraquecer intencionalmente a segurança de seus produtos ou serviços pode ser considerado irracional.

Por sua vez, o direito contra a autoincriminação é um princípio geral de que o Estado não pode exigir que uma pessoa forneça informações que possam expor esse indivíduo à responsabilidade criminal. Isso se aplica a depoimentos orais forçados e à produção de provas documentais. No que diz respeito ao acesso de informações ou senhas, como a de um dispositivo criptografado, há uma visão de que o direito contra a autoincriminação só se aplica se a própria informação de acesso for incriminadora. Deve-se notar que a seção 4 do Evidence Act de 2006 interpreta a palavra autoincriminação de forma ampla, englobando as informações que poderiam razoavelmente levar uma pessoa a ser processada por um crime ou aumentar a probabilidade de uma acusação.

No que diz respeito às leis de crimes cibernéticos, a seção 251 da Lei de Crimes de 1961 da Nova Zelândia torna ilegal para uma pessoa fazer, vender, distribuir ou possuir software ou outras informações para cometer um crime. Esta proibição pode ser aplicada para o desenvolvimento e distribuição de tecnologias de criptografia se elas forem usadas para facilitar ou ocultar atividades criminosas.

No entanto, só é crime se a principal finalidade da criptografia for cometer uma ofensa. Uma vez que os principais objetivos da criptografia são preservar a confidencialidade, integridade e autenticidade dos dados, então o desenvolvimento, posse e uso de criptografia deve presumir-se legítimo.

A Interpol alertou sobre a migração dos malwares de computadores para os dispositivos móveis. Além dos crimes comuns, a agência advertiu acerca do “Cryptojacking”, um acesso remoto para sequestrar o poder de computação dos dispositivos com a finalidade de criar criptomonedas.

Realizado esse panorama em nível internacional, serão expostas balizas para futuras regulamentações de acesso às comunicações feitas por meio de aplicativos mensageiros.

6-Balizas para a regulamentação

O WhatsApp possui mais de um bilhão de usuários. A empresa META, dona do aplicativo (que substituiu o Facebook), tem sede em Melo Park, na Califórnia. A empresa tem planos de estender a criptografia forte para o Instagram e Messenger. No entanto, ela sofre pressão do Procurador-Geral dos Estados Unidos e de autoridades jurídicas do Reino Unido e da Austrália para abandonar a criptografia de ponta a ponta. Inclui-se na lista os aplicativos Threema, Wickr me, Signal, Skype e Telegram.

As autoridades governamentais também almejam acesso ao icloud da Apple de usuários determinados, a retenção de metadados por um período de tempo, a obrigação de os usuários fornecerem senhas de computadores e smartphones e a possibilidade de hackear terminais não criptografados.

Há ainda uma demanda de que as empresas que desenvolvem mais encriptação implantem ferramentas de detecção na transmissão da mensagem, ao invés de no recebimento, bem com a utilização de inteligência de código aberto. Isso importa na adoção pela indústria de protocolos de segurança por design a nível de projeto, em vez de após a ocorrência dos danos.

No entanto, o relaxamento dos protocolos de encriptação pode trazer outras complicações, e não apenas facilitar o combate ao crime.

A criptografia forte viabiliza as negociações seguras no mercado de ações, o armazenamento de informações de saúde, as transações bancárias e as votações *on line*.

Como exemplo, hackers chineses controlaram contas de e-mail de funcionários do governo americano usando uma porta dos fundos construída para o próprio governo.

Ao contrário de uma arma ou droga, a criptografia é apenas um conjunto de operações matemáticas que podem ser executadas em qualquer computador moderno. Logo, não pode ser banida ou apreendida. É necessário aprender a conviver com ela, a fim de extrair o melhor que ela pode oferecer, à semelhança das armas e das drogas.

As leis que flexibilizam a criptografia costumam criar exceções para parlamentares e demais cargos políticos, evitando alegações de perseguição. No entanto, o alcance extraterritorial das leis, alcançando empresas sediadas

em outros países, conflita com a soberania dessas nações. É possível fazer um paralelo com a atividade de espionagem realizada pelas agências de inteligência. Não há regulamentação internacional abrangente sobre essa atividade, existindo apenas um estatuto de espões em tempo de guerra. A espionagem governamental pode ser feita em três modalidades: Estado-indivíduos, Estado-empresas e Estado-Estado. Há também a espionagem Empresa-Empresa.

A atividade de espionagem foi ignorada pela doutrina internacionalista até a guerra fria, permanecendo em uma zona cinzenta do direito internacional. Após as revelações da NSA em 2013, houve uma queixa de diversos países que foram espionados. Em seguida, foi revelado que os países queixosos também praticavam espionagem. Seguiu-se um acerto de protocolos informais entre as nações envolvidas, mas sem a celebração de um tratado internacional que regulasse a matéria, aplicando-se apenas as normas gerais do direito diplomático.

No que toca à espionagem governamental de indivíduos, no entanto, há incidência do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, em especial na espionagem do ciberespaço, que não possui fronteiras físicas.

Na ponderação entre privacidade e segurança, sempre prevaleceu esta última quando se trata de monitoração de grupos terroristas.

No voto do Min. Edson Fachin, citado acima, ele incluiu no rol de crimes graves os atentados terroristas e os delitos de opinião, tais como as manifestações de ódio praticadas pela web. Trata-se de uma comparação questionável.

A Convenção contra o Terrorismo foi celebrada em Washington em 1971, sendo internalizada no Brasil pelo Decreto nº 3.018/99. A Lei nº 13.260/2016 dispõe sobre o crime de terrorismo. O art. 2º, §2º, desta lei excluiu as manifestações políticas e religiosas. As condutas elencadas nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º da lei são materiais. No entanto, é atribuído grande responsabilidade de diversos atentados terroristas aos clérigos que arregimentam jihadistas em templos religiosos, alimentando o ódio aos países ocidentais nos frequentadores durante suas pregações.

No ano seguinte, em 1972, foi adotada a Convenção sobre Armas Químicas e Biológicas, também em Washington, na esteira do uso do agente laranja pelos EUA no Vietnã.

A Convenção contra o Terrorismo Nuclear foi adotada em 2005, em Nova Iorque, sendo internalizada no Brasil pelo Decreto nº 9.967/19. O art. 19 dessa convenção prevê a assistência mútua na investigação.

No âmbito dos demais crimes, foi adotada a Convenção contra o Tráfico em 1988, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 154/1991. Em 2000, foi adotada a Convenção de Palermo, contra o crime organizado transnacional. Essa convenção foi internalizada no Brasil em 2004, pelo Decreto nº 5.015. O seu art. 20 prevê técnicas especiais de investigação. Foi adotado um protocolo adicional a essa convenção, contra o tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças. O Brasil internalizou o referido protocolo pelo Decreto nº 5.017/2004.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças foi internalizada no Brasil por meio do Decreto 99.710/1990. O art. 34 da convenção protege as crianças contra toda forma de exploração e abuso sexual. Em 2004, o Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil por meio do Decreto nº 5.007. Conforme dispõe o art. 6º do referido protocolo:

“1.Os Estados Partes prestar-se-ão mutuamente toda a assistência possível no que se refere a investigações ou processos criminais ou de extradição instaurados com relação aos delitos descritos no Artigo 3º, parágrafo 1. Inclusive assistência na obtenção de provas à sua disposição e necessárias para a condução dos processos.

2.Os Estados Partes cumprirão as obrigações assumidas em função do parágrafo 1 do presente Artigo, em conformidade com quaisquer tratados ou outros acordos sobre assistência jurídica mútua que porventura existam entre os mesmos. Na ausência de tais tratados ou acordos, os Estados Partes prestar-se-ão assistência mútua em conformidade com sua legislação nacional.”

A criptografia de chave pública foi inventada em 1976. Mas o protocolo de sinal usado pelo WhatsApp é muito mais moderno, uma vez que usa uma combinação de criptografia de chave simétrica e pública e também a catraca dupla que descarta continuamente as chaves de criptografia após o uso único. Uma tentativa de adicionar informações do remetente, seja um ID ou um número de telefone, não poderá constituir prova em um tribunal de que a

mensagem foi de fato enviada pelo remetente, pois o protocolo Signal tem engano ativo embutido em sua arquitetura de criptografia e não pode ser contornado tecnicamente.

Logo, a alegação de que a criptografia do WhatsApp pode permanecer inalterada e que é possível adicionar informações do originador sem quebrar a criptografia na mensagem não é aderente ao design do protocolo.

A criptografia pode ajudar em danos graves, ocultando ou exacerbando atividades criminosas, incluindo abuso sexual infantil online. As tecnologias que detectam material ilegal verificando, monitorando e filtrando o conteúdo do usuário atualmente não funcionam em sistemas que usam criptografia ponta a ponta. Por isso, essa técnica pode facilitar a produção, troca e proliferação de material de abuso sexual infantil, perpetuando o abuso das vítimas e expondo os sobreviventes a traumas duradouros.

Uma tendência em direção à criptografia ponta a ponta por parte das principais plataformas de mídia social tornará as investigações sobre graves abusos sexuais infantis online mais difíceis. Ela criará esconderijos digitais e as plataformas podem alegar que estão isentas de responsabilidade pela segurança, porque não podem agir sobre o que não podem ver.

Essas diretrizes devem servir de baliza para a adoção de uma regulamentação flexível, que incorpore mecanismos de abertura para futuros desenvolvimentos criptográficos. Os benefícios para a sociedade da privacidade absoluta certamente superam os malefícios de uma vigilância irrestrita.

No entanto, qualquer indivíduo (saudável) que tenha tido contato com vídeos de pedofilia de bebês transacionados impunemente pelas mídias digitais, salvaguardados pelo manto do absoluto sigilo, ponderará sobre a possibilidade de as agências de segurança terem acesso às suas comunicações eletrônicas, em prejuízo de sua privacidade, se esse for o preço a pagar para os perpetradores irem à justiça. Não à toa, muitos policiais, promotores e juízes que lidam com esses casos se socorrem de terapias e tratamentos psiquiátricos. Não apenas pelo contato recorrente com as provas, mas principalmente pela sensação de impunidade dos delinquentes em virtude da total privacidade dos aplicativos.

Destaque-se ainda, a esse respeito, os planos terroristas malsucedidos em decorrência da cooperação dos aplicativos mensageiros. Há uma grande lista de planos e células terroristas desarticuladas ao redor do mundo,

principalmente em países desenvolvidos. Dois deles tinham o Brasil como alvo, nas cidades de Goiânia e Brasília. É incogitável uma privacidade absoluta nesta questão.

No mesmo voto vencido citado acima, é referido o comércio eletrônico de drogas ilícitas e material pornográfico pela Dark Web, região da Deep Web não monitorada. Algumas técnicas de infiltração policial podem ser bem sucedidas na captura dos criminosos e na formação de evidências convincentes perante os tribunais. No entanto, em muitos casos, o sigilo absoluto proporcionado pela criptografia forte representa uma barreira intransponível aos investigadores.

7-Panorama da criptografia

Na aplicação tradicional de criptografia para confidencialidade, um originador (a primeira parte) cria uma mensagem destinada a um destinatário (a segunda parte), a protege (criptografa) por um processo criptográfico e a transmite como texto cifrado. A parte receptora descriptografa a mensagem de texto cifrado recebida para revelar seu verdadeiro conteúdo. Qualquer outra pessoa (o terceiro) que deseje acesso não detectado e não autorizado à mensagem deve penetrar (por criptoanálise) na proteção oferecida pelo processo criptográfico.

Uma chave pública é usada para criptografar a mensagem, enquanto uma chave privada, à qual apenas o receptor tem acesso, é usada para descriptografá-la. Isso evita que a comunicação seja comprometida se qualquer outra parte do sistema for comprometida.

Em termos históricos, um caso de sucesso da criptoanálise bastante lembrado ocorreu em 1587, quando a Rainha da Escócia, Mary, foi julgada por traição e envolvimento em três tentativas de assassinato da rainha Elizabeth I da Inglaterra. O plano foi descoberto devido à interceptação de sua correspondência codificada, decifrada por Thomas Phelippes. Ela queria ocupar o trono da rainha da Inglaterra. Essa estratégia política se assemelha às disputas entre famílias de algumas cidades brasileiras no século XX.

A criptografia de ponta a ponta para comunicação online é usada para proteger o que é chamado de dados em trânsito, à medida que viajam de um dispositivo ou conta para outro. Enquanto isso, os dados em repouso, que são

as informações armazenadas em um determinado dispositivo ou provedor de serviços em nuvem são protegidos por meio de outros mecanismos de criptografia.

Do ponto de vista técnico, a criptografia é uma tecnologia relativamente complexa. Pode ser vista como uma ciência, uma tecnologia ou um processo. Apesar de sua complexidade inata, a criptografia pode ser definida como uma tecnologia que transforma informações ou dados em cifras ou códigos para fins de garantir a confidencialidade, integridade e autenticidade de tais dados.

Existem vários tipos de criptografia, tais como a simétrica, assimétrica e a homomórfica. Podem ser usados com diferentes tipos e estados de dados, tais como dados em repouso, dados em movimento e dados em uso. Em termos de implementação e uso, a criptografia pode variar desde o uso de um algoritmo de criptografia simples para um sistema criptográfico completo.

Dependendo do seu nível de complexidade, a criptografia pode assumir a forma de uma primitiva criptográfica, a exemplo de um algoritmo de criptografia, bem como um protocolo ou sistema criptográfico.

A espionagem de aplicativos mensageiros vem sendo praticada com relativo sucesso por agências de inteligência de vários países no âmbito da segurança nacional. No entanto, a recente entrada das agências policiais nesse nicho trouxe muitos desafios para a investigação de condutas delituosas. As principais dificuldades incluem rastrear e autenticar as identidades das partes comunicantes, realizar monitoramento e escutas em tempo real e evitar a detecção pelas partes relevantes durante o acesso às comunicações.

Diferentemente da espionagem das agências de inteligência, a investigação policial é cercada de regulamentos legais para a proteção dos investigados. Além disso, a aceitação pelos tribunais da prova coletada depende da observância dos procedimentos traçados na lei.

Portanto, uma proposta legislativa para backdoors obrigatórios para a aplicação da lei e outros propósitos supostamente legítimos seriam extremamente problemáticos, pois comprometeriam intencionalmente a segurança da criptografia.

8-A segurança do WhatsApp

Por sua magnitude e popularidade, será traçado um panorama de segurança especificamente voltado para esse aplicativo mensageiro.

O aplicativo WhatsApp não consiste em um chat anônimo. Para acessá-lo é necessário entrar com um número de telefone associado a uma identidade. Na ativação dos chips, as operadoras de telefonia exigem o número do CPF e a data de nascimento do usuário. No caso de chips pré-pagos, ainda é necessário enviar uma selfie do usuário. São ainda registradas senhas PIN e PUK do SIM card.

Esses metadados são armazenados pelo aplicativo, que pode confirmar os destinatários das conversas, bem como os dias e horários dos diálogos. O termo de privacidade, de concordância obrigatória pelos usuários, contém cláusulas que permitem a coleta de endereço IP, dados da rede móvel, número do telefone e o identificador do aparelho, como o IMEI de 15 dígitos.

O termo de serviço do WhatsApp Inc. reporta que as controvérsias com a empresa serão dirimidas com base nas leis da Califórnia-USA, aplicando-se o § 1.542 do Código Civil deste estado. Esse dispositivo legal faz alusão à liberação geral da obrigação, assemelhando-se ao instituto da quitação geral do direito brasileiro, disposto no art. 319 do CC/2002.

No entanto, os arts. 10 e 11, § 3º, da Lei no 12.965/2014 – Marco Civil da Internet, determinam o cumprimento da legislação brasileira. A referida lei prevê ainda a necessidade de efetuar o registro de conexão e acesso a aplicações de internet. Desta forma, é obrigatório o registro de logs, tais como o endereço IP e as portas de origem e destino, conforme reafirmado pelo STJ no REsp 1.784.156.

Para oferecer maior segurança, é possível adicionar camadas de proteção utilizando o programa PACWeb, que faz a verificação de dados e documentos, criando um hash calculado para cada arquivo e certificado por blockchain, ficando válido por determinado período de tempo, chamado de “timestamp”. Essa validação corrobora a prova dos prints de mensagens e arquivos, nos moldes do art. 369 do CPC/2015, identicamente à ata notarial do art. 384, parágrafo único, do mesmo código.

Os algoritmos 3DES e AES são a base dos protocolos mais usados, como SSL e TLS. O Padrão de Criptografia Avançado (AES, na sigla em

inglês) foi criado pelos belgas Vicent Rijmen e Joan Daemen, que venceram um concurso lançado em 1997. Em 2001, esse padrão substituiu os padrões então existentes, passando a ser largamente utilizado na encriptação.

O modelo ponta a ponta atualmente utilizado faz uso de chaves assimétricas, com algoritmo RSA, mais difíceis de decifrar. A criptografia do WhatsApp usa uma chave para criptografar a mensagem no envio e outra chave para descriptografá-la no recebimento.

Esse modelo torna impossível a interceptação da mensagem durante sua transferência, uma vez que não há o armazenamento nos servidores do aplicativo. O mensageiro usa uma chave raiz e uma chave da cadeia, ambas com 32 bytes, além de criptografar a mensagem com uma chave de 80 bytes. Isso torna sua quebra estatisticamente impraticável.

Os servidores do aplicativo não têm acesso às chaves privadas do usuário. O WhatsApp usa AES256 no CBC para criptografar e código HMAC-SHA256 para autenticação, garantindo a integridade dos dados. A chave da mensagem de 80 bytes é efêmera, mudando para cada mensagem. Para anexos e arquivos é gerada uma chave efêmera de 32 bytes, e o conteúdo do texto é cifrado usando HMAC-SHA256. Esse modelo de segurança garante a privacidade e autenticidade das mensagens enviadas.

No entanto, não impede ataques a dispositivos comprometidos. As mensagens do aplicativo, apesar de não transitarem pelos servidores, ficam armazenadas nos aparelhos. Isso impede ataques do tipo homem do meio (“man-in-the-middle”), em que um terceiro se insere na troca de mensagens. Porém, não impede ataques hospedados no próprio smartphone, por meio de portas de saída.

9-Criptografia emergente e novos desafios

A criptografia clássica, a saber, a que utiliza o código binário e as leis da física clássica, parece ter chegado a um limite, à semelhança da lei de Moore para a capacidade dos chips. Novos desenvolvimentos, para serem revolucionários, devem estar alicerçados em novos campos, a fim de expandir as ferramentas utilizadas na capacidade de cálculo, como o emaranhamento quântico.

A criptografia quântica desponta como um campo promissor para desenvolvimentos futuros da indústria, inobstante tenha limitações teóricas na sua capacidade de uso. A principal vantagem da computação quântica reside na busca em bancos de dados, com uma capacidade de processamento muito superior aos mais avançados supercomputadores clássicos. Em teoria, uma tarefa que leva centenas de anos para um supercomputador clássico, pode ser realizada em poucos minutos em um computador quântico. No entanto, em algumas tarefas computacionais os computadores quânticos não representam vantagens frente aos modernos computadores clássicos.

A criptografia quântica, contudo, será uma área revolucionária. Por ela, é possível quebrar praticamente qualquer técnica de criptografia clássica, inclusive a criptografia de ponta a ponta utilizada pelo WhatsApp.

As próprias mensagens cifradas por criptografia quântica poderão ser quebradas, mas neste caso a interceptação deixará rastros, alertando o remetente e o destinatário. Isso porque é impossível copiar dados codificados em um estado quântico. Se alguém tentar ler os dados codificados, o estado quântico será alterado devido ao colapso da função de onda. Isso pode ser usado para detectar espionagem na distribuição de chaves quânticas.

Em geral, a descryptografia ordenada pelas agências de segurança podem ter como alvo as mensagens passadas, em trânsito ou futuras, a depender do escopo da investigação. No caso da descryptografia das mensagens cifradas por criptografia quântica, o acesso às comunicações será bastante limitado, e alertará os suspeitos de que estão sendo vigiados.

Antes dos aplicativos mensageiros, a interceptação mais comum era a realizada nas ligações telefônicas entre os suspeitos. Como era bastante difícil conseguir sigilo neste caso, já que a tecnologia permitia a privacidade da linha de no máximo alguns segundos, os líderes criminosos não se comprometiam em ligações telefônicas. O chefe do Primeiro Comando da Capital (PCC), por exemplo, preso na Penitenciária Federal de Segurança Máxima de Brasília, não possui gravações com planos criminosos. Suas interceptações telefônicas contêm apenas diálogos com namoradas.

A criptografia quântica ameaça a criptografia pública – ou algoritmos assimétricos – usados para assinaturas digitais e troca de chaves. Já existem algoritmos quânticos, como o famoso algoritmo Shor, que pode quebrar os algoritmos RSA e Elliptic Curve, assim que um computador quântico estiver disponível.

O algoritmo quântico de Grover ataca a criptografia simétrica. Esse algoritmo pode ser combatido por meio de uma expansão do tamanho da chave. Por exemplo, o esquema de criptografia simétrica AES com chaves de 256 bits é considerado seguro para o algoritmo de Grover. É um caso especial em que a criptografia quântica não irá decifrar a criptografia clássica.

O combate à ameaça do computador quântico dependerá de dois pilares: o desenvolvimento de novos algoritmos clássicos, que devem resistir ao computador quântico, e o desenvolvimento de algoritmos pós-quânticos ou quântico-resistentes.

Existem vários métodos de criptografia quântica, além do tradicional método de distribuição de chaves quânticas.

É necessário desenvolver novos algoritmos clássicos seguros. A extensão do AES protege contra o Grover. Outros esquemas de assinatura (LMS e XMSS), baseados nas chamadas funções hash, são promissores. Muitos outros algoritmos, tanto para assinatura quanto para troca de chaves, estão sendo desenvolvidos no âmbito do processo NIST, que padroniza o desenvolvimento de novas técnicas. Sete algoritmos pós-quânticos estão em análise, sendo quatro para cifração de chave pública e acordo de chaves e três para assinaturas digitais.

No entanto, a criação de primitivas quânticas seguras é o principal foco das agências de segurança, como a NSA.

As grandes empresas de tecnologia anunciaram computadores com supremacia quântica para os próximos anos. O Eagle de 127 qubits ainda não representa uma revolução na área. A vantagem comercial quântica, o ponto em que um computador quântico pode resolver problemas genuinamente úteis significativamente mais rápido do que os computadores clássicos, é esperado para essa década. A pandemia gerou grande atraso nesse desenvolvimento, inibindo investimentos em startups quânticas e diminuindo o suprimento de insumos e de mão de obra especializada.

Quando a revolução finalmente chegar ao mercado, novas oportunidades e obstáculos serão postos às agências de segurança no combate criminalidade, e os legisladores e tribunais serão desafiados a contribuir nessa tarefa, sem descuidar do direito à privacidade dos cidadãos.

10-Conclusão

Este artigo expôs um panorama atual do tratamento das interceptações telemáticas das comunicações por meio das mídias digitais. No meio do debate está a liberdade fundamental à privacidade dos cidadãos. A cada nova tecnologia que desponta no mercado, em especial as que produzem efeitos disruptivos na sociedade, o Direito é chamado a se debruçar sobre os problemas daí advindos. A flexibilização do sigilo nas comunicações estava bem sedimentada a partir da discussão sobre o combate ao terror, que utiliza games e redes sociais para planejar suas ações. No entanto, a popularização das mídias digitais deu novo impulso ao debate, face à extensão de seu uso em diversas práticas criminosas. Assim, medidas intrusivas antes restritas a células terroristas, na maioria baseadas em países específicos, foram estendidas a organizações criminosas internas, a fim de combater crimes graves, como tráfico de drogas, armas e pessoas, e redes de pedofilia. Esse aumento de escopo no objeto de monitoramento alargou o universo de pessoas atingidas, gerando o receio de perseguição política e o fim da privacidade nos meios digitais. Entrementes, adveio recente desenvolvimento desafiador: criptografia forte, de ponta a ponta, matematicamente inquebrável. Nesta situação, a saída de muitos governos democráticos foi exigir que as empresas operadoras instalassem portas de saída, possibilitando a interceptação das mensagens.

No entanto, essa medida tem o potencial de afundar a reputação das empresas operadoras perante seus usuários, já que não haverá mais garantia de sigilo nos aplicativos mensageiros. Como opção, os governos das nações mais industrializadas têm discutido a proibição no uso da criptografia de ponta a ponta em seus territórios. Nesse meio, há o debate sempre presente sobre o exercício de soberania no ambiente cibernético, que não possui fronteiras delimitadas. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm se debruçado sobre os desafios impostos por esse dilema, ponderando o direito à segurança pública e à privacidade. O artigo 144 da Constituição Federal dispõe que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Por sua vez, o artigo 5^a, incisos X e XII, da CF/88 dispõem que a intimidade e as comunicações são invioláveis. No balanceamento destes direitos constitucionais de elevada fundamentalidade, os tribunais superiores têm se inclinado pelo predomínio da intimidade, preservando o sigilo nas comunicações entre os cidadãos. Contudo, como visto neste trabalho, não há

uma corrente predominante a respeito do tema, e é possível que não se consolide um entendimento no âmbito das cortes de sobreposição antes que novos desenvolvimentos tragam uma revolução na área, como o advento comercial da criptografia quântica e algoritmos pós-quânticos.

Referências

Carlos Ligouri, Direito e Criptografia, Editora Saraivajur, 1ª edição, 2021.

Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, Antonio Herman De Vasconcellos Benjamin, Manual de direito do consumidor, editora RT, 9ª edição, 2020.

Georgia Weidman, Testes de Invasão: Uma introdução prática ao hacking, Novatec Editora, 1ª edição, 2014.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Teoria Geral do Direito Digital, editora Forense, 2ª edição, 2021.

Leonardo Estevam de Assis Zanini, Direitos da Personalidade, Editora Saraivajur, 1ª edição, 2012.

Routo terada, Segurança de Dados, Editora Blucher, 2ª edição, 2018.

ROL TAXATIVO DE EVENTOS E PROCEDIMENTO EM SAÚDE NA VISÃO DO STJ

Resumo: O artigo retrata o panorama legal e jurisprudencial acerca da taxatividade na cobertura dos eventos e procedimentos pelos planos de saúde. Para tanto, serão expostos os principais argumentos favoráveis e contrários à taxatividade no âmbito do STJ, com análise das premissas que cercam a discussão na corte.

Palavras-chaves: Planos de saúde. Taxatividade dos eventos e procedimentos em saúde. Rol da ANS. STJ. Direito fundamental à saúde. Viabilidade atuarial. Equilíbrio financeiro.

Abstract: The article portrays the legal and jurisprudential panorama about the taxation in the coverage of events and procedures by health insurance. To this end, the main arguments in favor and against taxation within the scope of the STJ will be exposed, with an analysis of the premises surrounding the discussion in court.

Keywords: Health insurance. Taxativity of health events and procedures. ANS list. STJ. Fundamental right to health. Actuarial viability. Financial balance.

Sumário: 1. Introdução. 2. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade de eventos e procedimentos de saúde. 3. Conclusão. 4. Referências.

1-Introdução

Os planos de saúde privados são complementares ao sistema único de saúde, conforme a configuração disposta no Constituição Federal. Assim, mesmo tendo natureza contratual, regidos por normas e princípios de direito privado, os planos de saúde lidam com objeto caro ao direito público, por ser a saúde um direito constitucional de elevada fundamentalidade.

Contudo, a discussão acerca da cobertura dos planos de saúde nos tribunais superiores tem o potencial de gerar grande impacto na pressão exercida no sistema público. Caso se considere que as cláusulas contratuais do seguro saúde devam ser interpretadas estritamente, muitos contratantes irão socorrer-se do sistema de saúde oferecido pelo Estado, a fim de ver provido o serviço negado pelo plano. De outro giro, caso as cláusulas sejam flexibilizadas, incluindo-se eventos ou procedimentos não previstos contratualmente, haverá o encarecimento das mensalidades dos segurados, tornando inviável a manutenção do plano para uma parcela expressiva da população. Isso também ocasionará aumento na demanda pelo sistema público.

Dessarte, encontrar um equilíbrio nesse dilema ético e econômico, centrado na escassez de recursos e na solidariedade intergeracional, é o grande desafio dos tribunais superiores. A depender da direção tomada nos temas que tramitam nas cortes de sobreposição, poderão ser extintas algumas modalidades básicas de cobertura, por inviabilidade mercadológica. Essa postura fere não apenas os princípios da liberdade econômica e da livre iniciativa, mas principalmente o acesso à saúde complementar para uma grande parcela da população de menor renda.

Para ilustrar os dilemas enfrentados na jurisprudência pátria, serão examinados julgados recentes do STJ acerca da taxatividade do rol da ANS para eventos e procedimentos em saúde.

2-Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade de eventos e procedimentos de saúde.

Inicialmente, deve-se enfrentar o embate lógico entre duas premissas antagônicas: o conceito de cobertura mínima obrigatória e de rol taxativo de cobertura.

O STJ tem julgados recentes entendendo pela prevalência da Lei dos Planos de Saúde sobre o Código de Defesa do Consumidor, considerando os critérios cronológico e da especialidade, com ganho de causa às empresas operadoras.

No recurso especial nº 1.733.013/PR, a quarta turma do STJ examinou o tema com substancial acurácia, uma vez que houve contribuições de várias entidades como “amicus curiae”. O julgamento foi unânime. Prevaleceu o entendimento do relator, Min. Luis Felipe Salomão, pela taxatividade do rol de procedimentos.

O rol da ANS está previsto na Resolução Normativa nº 428/2017. A atualização do rol segue o procedimento traçado na Resolução Normativa ANS nº 439/2018.

Em uma minudente análise, a Agência Nacional de Saúde Suplementar asseverou em sua manifestação no julgamento, cuja transcrição das principais ideias se faz necessária para a perfeita compreensão do problema:

“De plano, adiante-se que a ANS possui interesse em contribuir com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, posto que o tema diz respeito à regulação e normatização das atividades de assistência suplementar à saúde. A tese que defende o caráter exemplificativo do rol de procedimentos põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, risco à segurança jurídica.

De fato, como existem milhares de procedimentos e eventos em saúde, e como as análises de licitude, ética, eficiência, atualidade, relação custo/efetividade e impacto financeiro dependem de conhecimentos técnicos

específicos, além do fato de que tais procedimentos e eventos estão em constante processo de modificação decorrente da evolução tecnológica, o legislador entendeu por bem não arrolar no corpo da Lei n.º 9.656/98 aqueles que devem ser obrigatoriamente cobertos para a prevenção, tratamento, recuperação e reabilitação das doenças e problemas de saúde classificados pela OMS.

Em verdade, a partir do que consta no art. 10, § 4º, da Lei n.º 9.656/98 c/c o art. 4º, III, da Lei n.º 9.961/00, pode-se deduzir com segurança que foi opção do legislador a atribuição dessa tarefa normativa e regulatória à agência setorial correspondente, qual seja, a ANS.

Trata-se, em essência, de um fenômeno político-jurídico que é conhecido na doutrina como deslegalização, que consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra *Mutações de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, 2000, pág. 166, na ‘retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance).’

A propósito, registre-se que a ANS vem cumprindo regamente a tarefa que lhe foi cometida pela Lei 9961/2000, na medida em que procede à atualização do rol periodicamente, cujo processo será oportunamente esclarecido.

Logo, revela-se fundamental a compreensão de que, em essência, trata-se de um negócio jurídico eminentemente privado, muito embora sujeito à regulação por força da alta relevância pública do direito envolvido, e, por outro lado, cuida-se de um setor econômico cujo financiamento advém do mutualismo, ou seja, do conjunto de mensalidades pagas pelos participantes ou beneficiários. O pagamento mensal feito por cada contribuinte consubstancia uma espécie de fundo dedicado a cobrir todos os riscos da atividade, o que, na saúde, significa o custo com o tratamento de doenças.

Se é assim, não é preciso muito esforço para constatar que a formação do preço do produto ofertado depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor, bem como de todas as demais despesas relacionadas à prestação do serviço de saúde, e,

noutro prisma, de uma projeção de receita que permita a fixação de um valor em patamar adequado a representar equilíbrio atuarial. Quanto maior a estimativa de frequência de sinistro maior deve ser a projeção, o que, em escala, pode inclusive comprometer o próprio mercado de saúde suplementar.

Data vênua, já são muitas as naturais oscilações do mercado de saúde suplementar, de modo que qualquer variação imposta de forma descuidada que fragilize as projeções atuariais pode trazer sérios problemas a este sensível segmento econômico. Com efeito, não se mostra salutar qualquer medida tendente a incrementar o quadro de incerteza neste setor sem a devida análise do seu impacto, sendo certo que segurança jurídica e previsibilidade devem ser encarados como efetivos pilares.

Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descortina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de precificação adequada e, logo, de oferta de produto. De todo modo, não se pode ignorar que a flexibilização do rol de cobertura definido pela ANS traz consigo razoável risco de elevação exponencial do preço dos produtos, tornando as mensalidades mais caras.

Faz-se crucial perceber que, como o mecanismo de financiamento do setor é o mutualismo, ou seja, todos contribuem para cobrir os gastos para recuperação da saúde de determinado membro do grupo, o preço maior das mensalidades pode afastar o indivíduo de menor risco do sistema, potencializando a espiral de seleção adversa que acaba por inviabilizar o próprio mercado, na linha do que demonstrou George Arthur Akerlof.

Trata-se, como cediço, de processo extremamente complexo, pois pressupõe criteriosa análise de: i) custo/efetividade do procedimento cuja incorporação se pretende, ocasião na qual são avaliados ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS,

ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) e, por fim, do efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia.”

Como visto, a ANS se posiciona pela taxatividade do rol por ela elaborado. De outro giro, no tocante ao tratamento prescrito pelo médico pessoal do segurado, a ANS pontuou:

“O fato do médico de determinada parte opinar por um procedimento como o mais adequado ao seu caso não o reveste de consenso científico apto a torná-lo obrigatório no plano de saúde. Quando o médico emite uma opinião a favor de um procedimento, ele assume uma responsabilidade perante um único paciente. Diferentemente, a inclusão de um procedimento no rol da ANS possui um impacto social para milhares de brasileiros beneficiários de planos de saúde.”

Como visto, a flexibilização do rol da ANS, tornando-o meramente sugestivo, pode ocasionar a seleção adversa.

O economista americano George Arthur Akerlof, citado na manifestação da agência, estudou as distorções causadas pela assimetria de informações. Em último caso, modelos matemáticos demonstram que o mercado de planos de saúde podem torna-se inviáveis economicamente. Desta forma, caso o rol seja considerado meramente exemplificativo, muitos modelos de negócios relacionados ao seguro saúde serão inviabilizados, excluindo, em última análise, o acesso de uma camada expressiva da população a este serviço, ocasionando aumento na demanda pelo sistema público de saúde.

No ano de 2021, os planos de saúde individuais e familiares ficaram mais baratos, com a diminuição de 8% no valor das mensalidades. Por sua vez, os planos coletivos ficaram mais caros. Nesse mesmo ano, a procura por

planos de saúde teve relativo aumento, atingindo um quarto da população brasileira.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) assim se manifestou:

“O art. 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, havendo autorização constitucional expressa para a atuação do setor privado na assistência à saúde, nos termos do art. 199. Contudo, é importante frisar que essas atividades, mesmo quando desempenhadas por particulares em regime privado de exploração econômica, são revestidas do caráter de relevância pública, nos termos do art. 197 da Carta Magna.

Assim, ainda que prestada pela iniciativa privada, a saúde não perde seu caráter de relevância pública, o que impõe restrições e cuidados a todos aqueles que decidem prestar serviços de saúde, seja na elaboração ou na execução dos contratos com os consumidores contratantes.

Além disso, há que se considerar, no caso em análise, a bilateralidade do contrato em questão e o concurso de vontades opostas inerente à formação do contrato, em que, de um lado, o consumidor que contrata um plano de saúde busca a mais ampla garantia de que será atendido em caso de necessidade. Ou seja, o consumidor detém a expectativa de que será prontamente atendido quando necessitar de atendimento à saúde, independentemente da espécie de procedimento necessário a seu restabelecimento.

De seu lado, o mercado defende a taxatividade do referido rol, enquanto o entendimento do Poder Judiciário é diverso, pois considera que o Rol não deve ser interpretado em um vazio normativo, mas em consonância com as diretrizes da Lei de Plano de Saúde e com os princípios de proteção ao consumidor, vez que constitui referência básica para a cobertura assistencial mínima nos planos privados de saúde, os quais, por sua vez, tratam de relação de consumo.”

Nesta última manifestação, houve a exposição das diferentes visões acerca do tema. Por outro lado, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça, assim se manifestou, no essencial:

“Uma vez comprovadas a segurança e a eficácia da nova tecnologia, a próxima etapa da avaliação tecnológica de saúde (ATS) é a avaliação econômica. Nessa etapa, são levados em consideração os aspectos microeconômicos da ATS, que incluem custos, preços e valores pagos.

Na análise econômica, são desenvolvidos os estudos que indicam se, quando comparado a alternativas, o investimento na nova tecnologia é viável ou não: A ATS envolve o cálculo dos benefícios, comparando-os com os custos, em quatro técnicas principais: a análise de custo-efetividade, a de custo-minimização, a de custo-utilidade e a de custo-benefício.

I-análise de custo-efetividade: investiga a melhor forma de alcançar um objetivo preestabelecido, comparando os custos de diferentes tecnologias.

II-análise de custo-minimização: compara estratégias com eficácias terapêuticas semelhantes e custos diferentes. Como as consequências são equivalentes, apenas os custos são comparados, sendo preferível a estratégia com custo mais baixo. Esta análise é um caso especial da análise custo efetividade.

III-análise de custo-utilidade: realizada com o intuito de contornar os problemas acerca das medidas de desfechos dadas em unidades monetárias e clínicas sem considerar a preferência do paciente. O parâmetro de medida de ganho de saúde mais comumente utilizado nesse tipo de avaliação fundamenta-se na mensuração da qualidade de vida. Essa mensuração é normalmente realizada pela aplicação de questionários estruturados que pesquisem a preferência por um estado de saúde ou bem-estar do paciente. A análise de custo-utilidade é usada quando os impactos na sobrevivência e na qualidade de vida são critérios importantes para julgar os efeitos de estratégias do cuidado em saúde.

IV-análise de custo-benefício: Compara custos e benefícios, os quais são quantificados em unidades monetárias, tornando possível determinar se uma nova tecnologia ou intervenção em saúde gera um benefício líquido para a sociedade. Os benefícios nesse tipo de análise normalmente são calculados a partir da avaliação do valor de uma vida ou da incapacitação. Alguns métodos propostos para isso são o valor do trabalho de pessoas beneficiadas pelo programa, seguros de vida e produção para a sociedade de um trabalhador ao longo da sua vida. Estes métodos são questionados pela discussão ética que envolve valorar a vida em termos monetários.”

Nesta última manifestação, fez-se referência à análise de custo-benefício, que utiliza critérios que orientem na monetização da vida humana. Apesar de questões éticas subjacentes, é fato que essa quantificação é corriqueiramente praticada em julgamentos de ações indenizatórias. Muitos tribunais se socorrem das tabelas do DPVAT e da SUSEP na fixação da quantia devida no caso de indenizações por morte.

A doutrina faz alusão a uma inversão de princípios e valores jurídicos, constatada em julgamentos de tribunais de segunda instância, com a fixação de indenizações relacionadas à vida humana em montantes inferiores às indenizações relacionadas a direitos autorais, por exemplo. Essas decisões são quase sempre confirmadas nos tribunais superiores, ante a interpretação restritiva dessas cortes quanto à possibilidade de alteração dos montantes arbitrados em sede de recursos especiais e extraordinários, os quais só são passíveis de revisão em casos teratológicos, diante do impedimento de análise fático-probatória nos recursos excepcionais.

A taxatividade do rol de procedimentos da ANS suscita o dilema acerca da possibilidade de haver maior probabilidade de êxito, em termos estatísticos, de procedimentos sem adequada evidência científica que o respalde, quando comparados aos procedimentos já consagrados pela medicina.

A decisão judicial que determina a cobertura de procedimento de controversa evidência científica, não integrante do rol da ANS, com base apenas em prescrição do médico de confiança do paciente, sem orientação de

outros profissionais, pode representar efetivo risco à vida ou saúde do jurisdicionado.

Tratar o rol como meramente exemplificativo multiplicaria de forma exponencial a probabilidade de cobertura de procedimentos não previstos, sem aferição adequada de impacto econômico e sem demonstração de sua segurança e efetividade. Não há como prever o custo de procedimento desconhecido, cuja adoção não dependa de prévia análise econômica. Há risco não desprezível de desequilíbrio financeiro e atuarial pela própria imprevisibilidade que a flexibilização do rol traria consigo, com impactos sobre os preços para os consumidores beneficiários, a exclusão de grupos do atendimento em função do aumento dos preços e sobrecarga do sistema público de saúde.

Atuando como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Atuária pontuou em sua manifestação:

“O mutualismo na atuária busca tornar as incertezas individuais em certezas coletivas. No cálculo atuarial, a frequência é estimada com base na observação passada da quantidade de eventos de atenção à saúde demandados para cada faixa de risco e o custo relativo a essas demandas. Assim, a determinação de quais serão as coberturas a serem contempladas no plano de saúde é condição imprescindível para que seja possível a aplicação de métodos de estimativa atuarial sobre a quantidade de eventos cobertos pelo plano. Tais condições são previstas na ‘Nota Técnica’ que registra de forma precisa e minuciosa todos os critérios e parâmetros de cálculo.”

Sendo assim, é razoável afirmar que a demanda por tratamentos não previstos no produto registrado na Agência Nacional de Saúde Suplementar não são considerados pelo atuário no momento de realizar o cálculo de precificação do plano de saúde.

A elevação dos custos dos sistemas de saúde, o aumento da expectativa de vida da população, o maior conhecimento sobre o processo saúde-doença e a aceleração do desenvolvimento tecnológico, pressionam os planos de saúde pela incorporação de tecnologias inovadoras, que necessitam garantir eficácia e segurança aos pacientes e beneficiários de planos de saúde.

A resolução da ANS não deixa dúvidas de que no processo de incorporação ao Rol de Procedimentos, devem ser observadas a avaliação de tecnologia em saúde (ATS), a avaliação econômica em saúde (AES) e a análise de impacto orçamentário (AIO).

Há evidente risco de, sob o manto de se estar aplicando a justiça a um indivíduo ciente de que as coberturas seriam de acordo com o rol de procedimentos da ANS, quando da assinatura dos respectivos instrumentos contratuais, em manifestação da própria vontade, provocar o colapso na saúde econômico-financeira das empresas operadoras.

A ATS surgiu nos anos 1960 e se tornou um instrumento fundamental para auxiliar na tomada de decisão de diversas áreas ligadas à saúde, sendo adotada na América do Norte, Europa, Austrália e, posteriormente, nos países em desenvolvimento.

Em sua manifestação como *amicus curiae*, a Associação de Defesa do Consumidor ponderou:

“Não raras vezes os valores das parcelas dos planos de saúde comprometem entre 50% a 80% dos salários dos usuários (idosos, doentes), presos a uma situação de falta de opção: abstêm-se de qualidade de vida, como o lazer, muitas vezes contraindo dívidas, para honrar com as mensalidades dos seus planos de saúde, afinal o Sistema Único de Saúde encontra-se em colapso, restando, apenas, deixar suas rendas familiares nos cofres das empresas de saúde, a fim de permanecerem vivos com tratamentos adequados.

Se o Rol for considerado taxativo, ou seja, apenas o que está previsto na lista é que deverá ser oferecido, há o risco de o SUS ser acionado no lugar dos planos de saúde para fazer esse atendimento. Isso com certeza aumentará a carga de atendimento, e tem potencial para aumentar também a carga judicial hoje já elevada contra o sistema público, já que retira do SUS o montante a ser investido no sistema.”

Esta última manifestação desperta um exame mais aprofundado do tema. Afinal, a pressão sobre o sistema público advirá tanto com a compreensão pela taxatividade do rol quanto pelo seu caráter exemplificativo.

Afinal, se o rol for considerado sugestivo, a demanda pelo serviço não será aderente ao cálculo atuarial, gerando elevação dos prêmios e extinção de planos populares. Em última instância, uma camada expressiva da população migrará para o sistema público, por não poder arcar com o reajuste. De outro giro, se o rol for taxativo, o advento de enfermidades não cobertas pelos planos básicos, ou o indeferimento de tratamentos não previstos contratualmente, também resultará em sobrecarga dos serviços públicos de saúde.

A judicialização da saúde no setor público potencializa a pressão sobre o SUS, uma vez que as decisões judiciais obrigam ao custeio do tratamento no setor privado, quando há demora no atendimento no setor público, às custas do orçamento do SUS, que não poderá contar com esta verba para suas políticas públicas.

O debate do tema envolve tanto a taxatividade do rol de eventos, ou seja, as enfermidades que serão objeto de cobertura, quanto do rol de procedimentos, a fim de incluir tratamentos experimentais e novos medicamentos.

A esse respeito, o MPF ponderou em sua manifestação:

“Ocorre que, reconhece-se à operadora de plano de saúde a faculdade de, contratualmente, mediante cláusula explícita e de fácil compreensão, restringir as doenças que serão cobertas pelo plano. Daí, evidentemente, extrai-se que não é possível presumir a não cobertura da moléstia. Prevista a cobertura, o plano não pode limitar o tipo de tratamento a que será submetido o paciente, matéria que se insere no âmbito da autonomia médica para decidir o melhor tratamento para a preservação da higidez física do consumidor.”

Como visto, o órgão do MPF se manifestou pela separação da taxatividade, aplicando-a apenas ao rol de eventos. Já quanto ao rol de procedimentos, o órgão entende que o rol é meramente exemplificativo.

Sobre a incorporação de novos tratamentos, o artigo 4º da Resolução apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável complexidade: I – a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país; II – as ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças; III – o alinhamento com as

políticas nacionais de saúde; IV – a utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; V – a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e VI – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

Logo, a decisão sobre o tratamento do paciente deve estar alicerçada na medicina baseada em evidências, uma escolha consciente calcada na melhor evidência clínica disponível. Essa técnica descarta tratamentos sem força estatística, privilegiando os estudos clínicos randomizados controlados e duplo-cego, ou seja, onde os integrantes são escolhidos de forma aleatória, as variáveis são controladas e os participantes e pesquisadores não sabem qual substância foi ministrada.

Em conclusão, o Ministro Luis Felipe Salomão asseverou em seu voto:

“O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas.

Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.”

Comentando acerca da divergência no âmbito da corte, o Ministro asseverou:

“De início, correndo o risco da repetição, assinalo novamente que a dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, tenho afirmado que, se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável.”

Conforme Jorge Amaury Maia Nunes:

A postura do Poder Judiciário é de elevada importância para a concretização da segurança jurídica, notadamente pela entrega de uma prestação jurisdicional previsível que não atente contra a confiança legítima do jurisdicionado. (Segurança Jurídica e Súmula Vinculante, editora Saraiva, 2010).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma decidiu: "Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material" (Pet 2.900, QO/RS, 2003).

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e à promoção da saúde, indicando a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública.

Conforme Ferreira, Pereira e Enzweiler:

“Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, os quais terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e que cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria, sopesando os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas, contando com o apoio técnico de profissionais qualificados.

A despeito do alerta feito pelos autores citados, o tema ainda é permeado por sentimentalismos. No Recurso Especial nº 1.794.629/SP, o STJ decidiu que o plano de saúde não é obrigado a custear o procedimento de fertilização in vitro. Neste julgamento, o relator, Ministro Moura Ribeiro, assentou em seu voto:

“Por conseguinte, ao expandir/criar novas exclusões assistenciais no plano-referência de assistência à saúde, talvez por má percepção acerca dos conceitos médicos, a Resolução Normativa nº 387/2015 ampliou o rol taxativo previsto no art. 10 da Lei nº 9.656/98, estando, portanto, em desacordo com ela. Nesse cenário, o próprio CNJ, muito provavelmente estimulado pela resolução acima, promoveu a 1ª Jornada de Direito da Saúde, em que foi aprovado o enunciado nº 20, que diz que a inseminação artificial e a fertilização in vitro não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.”

A esse respeito, não é crível que a ANS desconheça as diferenças nas técnicas de reprodução assistida ao regular a matéria. O entendimento de que a reprodução assistida é gênero e a inseminação artificial e a fertilização in vitro são espécies é oriunda do direito, e não da medicina. Para a ciência médica, ambas são técnicas de reprodução assistida, apropriadas para cada perfil de paciente, e com variação de custos decorrente da complexidade inerente.

Ao final do voto, o Ministro Moura Ribeiro ainda pontuou: “A seguradora de saúde precisa compreender que o seu capital pode e deve ser humanístico, no dizer retumbante do professor Ricardo Sayeg. E assim pensando, diferenciando gênero e espécie, fico em paz com a minha consciência.”

Como visto, o assunto é permeado por sentimentalismos. Retomando a análise do julgamento sobre a taxatividade do rol de eventos e procedimentos, constou no voto do relator, Min. Luis Felipe Salomão:

“Eventuais decisões administrativas ou judiciais à margem da lei escapam das previsões pretéritas e têm o condão de agravar a delicada situação financeira de inúmeras

operadoras de planos de saúde, que, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, fere em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores, razão maior da contratação do plano ou seguro de saúde. O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade”.

Por sua vez, discorrendo sobre o crescimento dos gastos em saúde, o mesmo relator lembrou:

“Nessa trilha, o Ministro Sálvio de Figueiredo destacou, como responsável pela expansão na assistência à saúde, o crescimento da população e do contingente assistido, uma vez que, na Constituição de 1967, o direito à saúde tinha como titular o trabalhador e, na Carta de 1988, passou a ser de todo brasileiro, assim como as dificuldades inerentes a uma boa prestação pelo Estado-gestor (A responsabilidade civil do médico. In *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 202).

Também o Ministro Marco Aurélio Mello salientou que todos esses elementos - deficiência crônica no setor público, avanço vertiginoso dos tratamentos e incremento dos custos - alavancam a importância do setor de saúde suplementar, fundamental para o equacionamento do problema (Planos de saúde - aspectos jurídicos e econômicos. Luiz Augusto Ferreira Carneiro, (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4).”

Os custos com saúde são crescentes, uma vez que os serviços e equipamentos de saúde são geralmente dolarizados, considerando a constante exigência do mercado pela importação de máquinas e insumos avançados.

O envelhecimento da população é uma realidade que impacta o seguro saúde. Como exemplo, uma criança japonesa do sexo feminino nasce com a expectativa de chegar à idade de 90 anos. No Brasil, um homem de 65 anos tem 20 anos de expectativa de sobrevivência.

Por sua vez, existem 30 mil centenários no Brasil, com previsão de esse número chegar a 300 mil nas próximas décadas. O Japão já possui 90 mil centenários, dos quais 90% são mulheres. Essa movimentação na pirâmide etária importa alterações profundas na alocação orçamentária para gastos com saúde, em especial na pesquisa e tratamento da demência.

O método da expectativa de vida tem sido substituído pelo “índice linear de mortalidade”, calculando-se os anos potenciais de vida perdidos, com base na diferença entre a idade da morte e o número 100.

As classes de maior renda da população gastam até metade de sua fortuna com a busca da longevidade. Esse gasto com pesquisa de ponta pressiona continuamente os preços em serviços de saúde, ocasionando uma explosão inflacionária na oferta. Como exemplo, áreas inovadoras na pesquisa farmacológica trouxeram ao mercado medicamentos cuja dose individual custa milhões de reais, a exemplo do Zolgensma, fármaco usado em terapia genética.

No Brasil, o seguro saúde foi inicialmente disciplinado pelo Código Civil de 1916 e pelo Decreto-Lei n. 73/1966. Posteriormente, a Lei nº 6.839/1980 instituiu a obrigatoriedade do registro das empresas de prestação de serviços médico-hospitalares e da anotação dos profissionais por elas responsáveis legalmente habilitados pelos CRMs. A atividade também sofreu relevante influxo com o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme declarou o Min. Luis Felipe Salomão em seu voto:

“O entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura.

Nessa perspectiva, de um lado, é importante pontuar não haver dúvida de que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a

imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo subjetivismo.”

A esse respeito, desde 2010 o Brasil fechou cerca de 10% dos leitos de UTI, em decorrência da crise fiscal e orçamentária. Antes mesmo do contexto pandemiológico iniciado em março de 2020, os juízes tiveram que enfrentar demandas pela preferência na internação, uma verdadeira escolha pela vida. Muitas decisões judiciais substituíram os protocolos médicos e determinaram a preferência para pessoas que se encaixavam nos critérios elegidos pelo magistrado, configurando um conflito ético. Não se nega que os recursos escassos exigem decisões drásticas, todavia, substituir os critérios médicos pela análise casuística e subjetiva de liminares providas do Poder Judiciário não é o melhor caminho.

Sobre a relação de dependência entre direito e moral, Fábio Portela Lopes Almeida leciona que essa relação precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não exista uma ligação íntima entre ambas. De acordo com Habermas, essa relação é de complementariedade.

Por outro lado, a forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF deixam claro que o serviço de saúde é de relevância pública, extraíndo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei nº 9.656/1998 a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu, um conselho deliberativo no âmbito da saúde suplementar.

No escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

“Consoante entendimento majoritário da doutrina especializada, os planos e os seguros privados de assistência à saúde possuem nítida natureza mutualista e securitária, submetendo-se a precificação a cálculos e estudos atuariais. A função econômica do seguro é socializar riscos entre os usuários. A operadora recebe de cada um o prêmio, calculado de acordo com a probabilidade de ocorrência do evento danoso. Em contrapartida, obriga-se a conceder a garantia consistente em pagar certa prestação pecuniária ao segurado, ou a terceiros beneficiários, na hipótese de verificação de

sinistro (COELHO, Fábio Ulhoa. Contratos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340-341).”

O Min. Luis Felipe Salomão salientou em seu voto:

“Nos casos de contratos securitários, como é cediço, notadamente em vista dos avanços da atuária, há acesa controvérsia doutrinária acerca da inserção da álea como integrante do objeto do contrato de seguro, visto que, com os prêmios que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não apenas disporá dos recursos necessários aos pagamentos das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem e das despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, como também obterá lucro.”

A esse respeito, Walter Polido preleciona: “Destarte, em um ambiente de segurança jurídica, a atividade seguradora se baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados (POLIDO, Walter A. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17).”

Logo, é necessário respeitar a manutenção do equilíbrio das prestações no tempo, sob pena de inviabilizar o próprio modelo de negócio.

Analisando as manifestações, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, por fim assentou:

“Como esclarecido pelas substanciosas manifestações dos *amici curiae* ANS, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e Instituto Brasileiro de Atuária, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. É que o menoscabo de tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e,

principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado.

Realmente, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas -, como para o Judiciário - que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.

Por conseguinte, invocando o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do CC, não se pode descuidar de que o modelo se baseia no conceito de mutualismo, que vem da área de seguros: um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente.”

Em complemento, o Código Civil de 2002 alçou as diretrizes da socialibilidade e da eticidade a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugnado pela teoria preceptiva. Segundo esta teoria, as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada.

Sobre a possibilidade de uma solução conciliatória entre os segurados e as operadoras, o Min. Luis Felipe Salomão asseverou: “Bem assim, evidentemente, é sempre possível a autocomposição. Muito embora não seja um dever que possa ser imposto, não se descarta a possibilidade de a operadora ou seguradora pactuar com o usuário para que ele cubra a diferença de custos entre os procedimentos do rol ou da cobertura contratual e o orientado pelo médico assistente, a par de ser hipótese que propicia ao

consumidor valer-se dos preços mais favoráveis que usualmente são cobrados das operadoras em sua relação mercantil com os prestadores de serviços.”

Por fim, em conclusão de julgamento, o ministro ponderou: “Assim, como a questão exige conhecimento técnico e, no mais das vezes, subjacente divergência entre profissionais da saúde (médico assistente do beneficiário e médico-perito da operadora do plano), para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, o magistrado deve obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias e associações profissionais.”

Os procedimentos com cobertura obrigatória, conforme a Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, têm assegurada a cobertura de todas as taxas, materiais, contrastes e medicamentos necessários para a sua execução, desde que estejam regularizados e registrados e suas indicações constem da bula perante a Anvisa, devendo ser respeitados os critérios de credenciamento, referenciamento e reembolso entre operadora e prestadores de serviços de saúde. Por sua vez, os procedimentos opcionais devem ser claramente explicados aos segurados.

O entendimento contrário advoga que a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combatido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, insito às hipóteses de inadimplemento contratual.

A compreensão acerca do rol taxativo de eventos e procedimentos em saúde pendia de definição no STJ, que analisava a questão nos EREsps. nº 1.886.929/SP e nº 1.889.704/SP. No primeiro caso, o relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, votou pelo caráter exemplificativo do rol de procedimentos. Por sua vez, no segundo recurso, a Ministra Nancy Andrigui indeferiu agravo interno, entendendo igualmente pelo caráter meramente exemplificativo do rol de procedimentos. Ambos os ministros foram contrários à inclusão da cobertura da fertilização in vitro, se o contrato assim não dispuser, com base nos critérios de equilíbrio atuarial.

Dessarte, percebe-se que as mesmas premissas lógicas calcadas nas consequências da decisão e no equilíbrio atuarial são manejadas diferentemente, a depender da questão de fundo subjacente ao litígio entre usuários e operadoras.

Na decisão que indeferiu o agravo interno no EREsp. nº 1.889.704/SP, citado acima, a Ministra Nancy Andrigui asseverou: “Com efeito, a Corte de origem manteve a determinação de cobertura de tratamento por meio de terapia especializada não prevista expressamente no Rol de cobertura obrigatória editado pela ANS, entendendo que a recusa de cobertura de tratamento com expressa indicação médica sob o fundamento de constar do aludido Rol é abusiva.

Até o julgamento do REsp 1.733.013/PR pela Quarta Turma (julgado em 10/12/2019, DJe de 20/02/2020), havia, no âmbito da Segunda Seção, o entendimento consolidado sobre a natureza meramente exemplificativa desse rol, fundado nas regras e princípios do CDC, em especial no da interpretação mais favorável ao consumidor e no da boa-fé objetiva. Sucede, entretanto, que, ao julgar o REsp 1.733.013/PR, a Quarta Turma promoveu mudança do seu entendimento para decidir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza taxativa.

Por outro lado, a competência legal atribuída à ANS pelas Leis 9.656/98 e 9.961/2000, e os atos normativos por ela exarados, além de compatíveis com as referidas Leis, devem ter conformidade com a CF/1988 e as normas insertas no CDC, inclusive os seus princípios, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

Logo, não cabe à ANS estabelecer outras hipóteses de exceção da cobertura obrigatória pelo plano-referência, além daquelas expressamente previstas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998, assim como não lhe cabe reduzir a amplitude da cobertura, excluindo procedimentos ou eventos necessários ao tratamento das doenças listadas na CID, ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada.

Conclui-se, portanto, no sentido da manutenção da orientação da Terceira Turma, há muito firmada nesta Corte no sentido de que a natureza do referido rol é meramente exemplificativa e, por isso, reputa abusiva a recusa de custeio do tratamento de doença coberta pelo contrato.

Por sinal, na sessão de 03/02/2021, esse entendimento foi reafirmado, à unanimidade, pela Terceira Turma no julgado citado na decisão agravada (REsp 1846108/SP, 3ª Turma, DJe 05/02/2021. Por fim, nem mesmo na Quarta Turma, o entendimento divergente é unânime, haja vista julgados recentes daquele órgão fracionário no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças a que dará cobertura, mas não o melhor tratamento indicado.”

Na segunda Seção, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, exarou seu voto no dia 16/09/2021, entendendo pela taxatividade do rol da ANS, com exceções. No dia 23/02/2022, a Min. Nancy Andrigui reforçou seu entendimento em voto-vista, no mesmo sentido da decisão monocrática citada acima, entendendo pela natureza meramente sugestiva do rol. Citando precedente do STF, a ministra reiterou o argumento de que a saúde é um direito fundamental. Assim, a saúde suplementar não pode estar calcada apenas no lucro, dada sua vinculação à pessoa humana e a importância social dessa atividade.

A Min. Nancy Andrigui lembrou que as operadoras de planos de saúde possuem lucros na casa de bilhões de reais. Além disso, o Anexo I da Resolução nº 465/2021 da ANS elenca mais de três mil procedimentos, não sendo exigido do consumidor que compreenda a linguagem técnica empregada. No entendimento da ministra, as operadoras podem aumentar as mensalidades caso haja aumento da sinistralidade. Com base nesses argumentos, o rol seria meramente exemplificativo, ressalvadas as limitações impostas pela segmentação contratada.

O argumento de lucratividade não impressiona. As despesas de saúde no Brasil representam quase 10% do PIB, com 55% desse montante a cargo do setor privado e 45% a cargo do setor público. Segundo a CGU, em 2021 o orçamento da saúde pública foi de 189 bilhões de reais, com execução de 161 bilhões de reais. Por sua vez, os planos de saúde correspondem a um mercado de 220 bilhões de reais em receitas, com cerca de 700 empresas operadoras e 47 milhões de usuários. Em 2020, o lucro do setor cresceu 49,5%, chegando a 17,5 bilhões de reais, em decorrência do repasse dos custos da pandemia.

O setor público também passou por aumento de gastos no mesmo período, resultando em crescimento do endividamento por meio da emissão de títulos públicos e elevação de impostos.

Essa lucratividade dos planos está concentrada em poucas operadoras líderes. O entendimento pelo rol meramente sugestivo irá inviabilizar diversas operadoras de menor porte. Como dito, o debate sobre o tema ainda está envolto de sentimentalismos, com argumentos alusivos ao capitalismo humanitário, consciência do julgador e lucratividade deste setor de mercado.

Após esse voto-vista, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, aditou seu voto, na mesma sessão, corroborando seu posicionamento tomado no dia 16/09/2021. Replicando o voto-vista, o relator lembrou que nenhum país do mundo possui lista aberta de eventos e procedimentos em saúde. A definição

dessa tese em precedente qualificado pela 2ª Seção irá trazer segurança jurídica para operadoras e usuários.

Percebe-se, assim, que há uma tendência no âmbito do STJ de privilegiar os critérios atuariais e consequencialistas no julgamento de situações não cobertas expressamente pelos contratos de seguro saúde. Esta postura foi adotada para excluir a cobertura da fertilização in vitro, conforme decisão adotada pela 2ª Seção, no julgamento conjunto dos REsp. 1.822.420, 1.822.818 e 1.851.062, adotando-se a sistemática dos recursos repetitivos. O voto-vista da Min. Nancy Andrigui no caso do rol da ANS possui premissas que contrariam seu posicionamento no caso da fertilização in vitro.

No âmbito do STJ, o Rol da ANS tende a ser cindido, considerando-se taxativo o elenco de enfermidades cobertas pelos planos de saúde, e exemplificativo no que toca aos procedimentos para o tratamento das enfermidades cobertas.

Após a decisão do STJ, houve um movimento no parlamento para tornar o rol exemplificativo por via legal. No entanto, a intervenção não surtiu o efeito esperado.

Como era pressentido, os planos passaram por uma crise financeira após o período pandemiológico, em decorrência do aumento da demanda e dos custos do setor. Considerando apenas os serviços de saúde, as operadoras registraram em 2022 um prejuízo operacional de R\$ 11,5 bilhões, o pior resultado da série histórica iniciada em 2001. No resultado geral, que inclui ganhos com operações financeiras, as operadoras tiveram um lucro líquido de R\$ 2,5 milhões, o equivalente a 0,001% da receita total, que foi de R\$ 237,6 bilhões.

No período entre 2021 e 2022, as receitas cresceram 5,6%, ao passo que as despesas aumentaram 11,1%, o que explica o prejuízo operacional do último balanço do setor. As consequências imediatas desse resultado se verificam na renegociação de pagamentos a hospitais credenciados, na limitação da rede de atendimento e na elevação dos reajustes das mensalidades.

Outra medida tem suscitado discussões no judiciário. Além das consequências acima elencadas, adotadas de forma explícita, as operadoras passaram a cancelar unilateralmente planos de saúde com usuários de alto custo, como pacientes oncológicos e famílias com filhos autistas, numa postura camuflada. Elas enviam e-mails aos usuários informando o

cancelamento, mesmo que a vigência do contrato não tenha expirado e não haja mora no pagamento das mensalidades.

O Transtorno do Espectro Autista - TEA é uma condição neurológica que afeta o desenvolvimento e a interação social. Em termos legais, a pessoa com autismo é equiparada a uma pessoa com deficiência. Não há cura para a TEA, mas existem tratamentos que diminuem seus sintomas, como a terapia comportamental e a terapia de grupo, que evitam regressões na fala e na mobilidade, por exemplo. Alguns pacientes necessitam de várias sessões por mês, o que impacta no valor das mensalidades e nos custos das operadoras.

Em situação semelhante, o STJ decidiu recentemente que as operadoras devem continuar prestando assistência aos beneficiários internados ou em tratamento, mesmo após rescindirem os contratos unilateralmente, desde que as mensalidades continuem sendo pagas.

Com base nesse entendimento, muitos entendem que a postura adotada pelas operadoras configura uma prática abusiva, vedada pelo CDC e pela Lei dos Planos, já que a rescisão unilateral só pode ocorrer em caso de inadimplência ou fraude dos usuários. Por outro lado, outros argumentam que a rescisão unilateral ocorre apenas em contratos coletivos, tendo por base cláusulas contratuais e resoluções da ANS.

Essa discussão tem estreita vinculação com a Análise Econômica do Direito e o consequencialismo. Afinal, a saída encontrada para equacionar a atuária e o crescimento dos custos e da demanda foi a redução em praticamente 100% dos planos individuais, que praticamente sumiram do mercado.

Soma-se a isso a Lei do Rol, que como dito acima, contornou a decisão do STJ, tornando o rol da ANS meramente exemplificativo. Contudo, a lei carece de regulamentação. A ANS manifestou-se no sentido de que essa lei não atribuiu a ela a tarefa de regulamentar os critérios legais para cobertura fora do rol, em especial a comprovação científica do tratamento prescrito por médicos e dentistas e a incorporação do tratamento por uma agência de renome internacional.

O legislador tomou emprestado esses termos da jurisprudência recente do STF, que deles fez uso no julgamento de casos de oferta de tratamentos e medicamentos fora do rol do SUS e da ANVISA. No entanto, o mero deslocamento destes termos para o texto legal dificulta a adoção de critérios objetivos para torná-lo exequível. A lei ainda é objeto de uma Ação Direta de

Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, e é possível que sua regulamentação pelo Poder Executivo não saia antes deste julgamento. Sabendo-se que o STF possui uma visão diferenciada no tratamento do tema, a depender do serviço de saúde ser público ou privado, não há como adiantar uma linha jurisprudencial consolidada. Certamente, irão pesar na decisão da corte os efeitos práticos da lei, que pode inviabilizar o acesso do serviço de seguro privado de saúde para uma grande parcela de usuários. Tanto é assim que a lei foi tratada como um ato meramente simbólico do legislador, não importando em nenhuma alteração fática do mercado, sendo ignorada pelo Poder Executivo, ANS e Judiciário, não por menoscabo aos usuários, mas pelo motivo oposto, tendo em conta as consequências ruínas que essa intervenção pode ocasionar.

3. Conclusão

Em 2022, a conclusão acerca do entendimento sobre os planos de saúde pelo STJ terá forte repercussão na judicialização dos casos envolvendo as operadoras e usuários, sejam empregados ou não. Estará em jogo a própria sobrevivência do modelo de negócio, que pode se tornar inviável a depender da orientação da corte. Este artigo expôs a linha lógico-dedutiva das premissas adotadas pelos integrantes da corte, buscando encontrar um liame no raciocínio adotado nos últimos julgamentos. O deslinde da questão perpassa uma análise acurada dos critérios atuariais que sustentam a viabilidade financeira dos seguros saúde no tempo. Há, assim, nítido embate de princípios relevantes no âmbito constitucional, e a realidade mercadológica. Percebe-se uma tendência de cisão no entendimento da corte, adotando-se a taxatividade do rol de eventos da ANS, mas flexibilizando o rol de procedimentos.

Referências

Cláudia Galiberne Ferreira; Hélio do Valle Pereira; Romano José Enzweiler. Curso de direito médico. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Fábio Portela Lopes Almeida. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. Revista Direito GV, jul-dez 2008.

Fábio Ulhoa Coelho. Contratos. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

Jorge Amaury Maia Nunes. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010, passim.

Walter A. Polido. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015.

A COBERTURA DA FERTILIZAÇÃO IN VITRO PELOS PLANOS DE SAÚDE

Resumo: O artigo analisa a inclusão da cobertura do procedimento de fertilização in vitro nos planos básicos de saúde. Preliminarmente, serão expostos os entendimentos sobre a competência jurisdicional para as ações envolvendo os planos de saúde. Posteriormente, serão examinados os precedentes judiciais sobre a matéria. O trabalho adotou o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chaves: Planos de saúde. Competência jurisdicional. Inseminação artificial. Fertilização in vitro. ANS. STJ. Contratos securitários. Equilíbrio financeiro. Atuária.

Abstract: The article analyzes the inclusion of coverage of the in vitro fertilization procedure in basic health plans. Preliminarily, the understandings on jurisdictional competence for actions involving health plans will be exposed. Subsequently, the judicial precedents on the matter will be examined. The work adopted the hypothetical-deductive method, with bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Health insurance. Jurisdictional competence. Artificial insemination. In vitro fertilization. ANS. STJ. Insurance contracts. Financial balance. actuary.

Sumário: 1. Introdução. 2. Competência Jurisdicional para litígios entre usuários e operadoras de planos de saúde. 3. Inseminação artificial e Fertilização in vitro. 4. Inclusão na cobertura dos planos de saúde na visão do STJ. 5. Conclusão.

1-Introdução

O presente trabalho analisa o entendimento jurisprudencial acerca da inclusão da técnica de fertilização *in vitro* na cobertura dos planos de saúde. Inicialmente, será analisada a competência jurisdicional para as ações envolvendo os planos de saúde. Em seguida, o artigo adentra na extensão da cobertura dos seguros saúde para procedimentos não previstos expressamente em suas cláusulas. Para tanto, serão examinados com profundidade julgados oriundos dos tribunais superiores sobre a fertilização *in vitro*, expondo as diferentes visões que cercam o tema.

2-A Competência Jurisdicional para os litígios entre usuários e operadoras

Os seguros saúde no Brasil são bastante demandados judicialmente, exigindo investimentos maciços na estruturação de seus departamentos jurídicos. Como regra, a competência entre usuários e operadoras é da justiça comum estadual, com a regência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por se qualificar como atividade securitária prevista no seu artigo 3º, §2º.

No entanto, uma quantidade considerável de planos de saúde são operados pelas empresas para servirem seus empregados. Nessa situação, é relevante definir qual a justiça competente para as ações judiciais. Os tribunais do trabalho, sempre ávidos por estenderem sua competência, consideravam de sua alçada decidir tais litígios. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça fixou balizas objetivas para a divisão da competência nesses casos.

No julgamento do conflito de competência nº 165.863/SP, da relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, o STJ decidiu pela competência da justiça comum para as demandas entre usuário e operadora, exceto quando o plano é organizado na modalidade de autogestão empresarial, sendo operado pela própria empresa contratante do trabalhador, hipótese em que a competência é da justiça do trabalho.

A modalidade de autogestão retira o plano de saúde do raio de incidência do CDC, já que não possui finalidade lucrativa e não é ofertado no

mercado de serviços. Ele é regulamentado pela Resolução Normativa nº 137/2006 da ANS.

Antes de iniciar o julgamento, a Ministra Nancy Andrigui sugeriu a afetação de processos da classe dos conflitos de competência, pois, nessa classe originária, a cognição do STJ não fica limitada ao conhecimento de uma questão federal infraconstitucional, como ocorre na competência recursal do art. 105, inciso III, da CF, relativa ao recurso especial.

A sugestão da Min. Nancy Andrigui foi acolhida, tendo sido afetado o conflito de competência, de modo a permitir o enfrentamento da controvérsia sob o aspecto constitucional.

Assim, a afetação de um recurso especial em conflito de competência permitiu à corte se debruçar sobre as questões constitucionais envolvidas, especialmente as disposições do art. 114 da CF/88. O caso foi julgado na sistemática do Incidente de Assunção de Competência nº 5, fixando-se tese para os efeitos do art. 947, §3º, do Código de Processo Civil, a fim de vincular todos os juízes e órgãos fracionários, ressalvada a revisão de tese.

A jurisprudência do STJ, com fundamento na autonomia do contrato de plano de saúde em relação ao contrato de trabalho, passou a manifestar o entendimento de que a competência seria da Justiça comum, mesmo na hipótese de autogestão empresarial, modalidade em que a operação do plano de saúde é realizada pelo departamento de recursos humanos da própria empresa que contratou o trabalhador, nos moldes do art. 2º, inciso I, da Resolução Normativa 137/2006 da ANS.

Após o surgimento da Lei nº 9.656/1998, que regulamentou os planos de saúde, da Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS, e da Lei nº 10.243/2001, que conferiu nova redação ao § 2º do art. 458 da CLT, a Saúde Suplementar, incluídas as autogestões, adquiriu autonomia em relação ao Direito do Trabalho, visto possuir campo temático, teorias e princípios específicos.

O art. 458, § 2º, IV, da CLT, incluído pela Lei nº 10.243/2001, é expresso em dispor que a assistência médica, hospitalar e odontológica concedida pelo empregador, seja diretamente ou mediante seguro-saúde, não será considerada salário.

Conforme ponderou o relator do CC 165.863/SP, Min. Paulo de Tarso:

“Em virtude da autonomia jurídica, as ações originadas de controvérsias entre usuário de plano de saúde coletivo e entidade de autogestão (empresarial, instituída ou associativa) não se adéquam ao ramo do Direito do Trabalho, tampouco podem ser inseridas em outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, previstas no art. 114, IX, da CF, sendo, pois, predominante o caráter civil da relação entre os litigantes, mesmo porque a assistência médica não integra o contrato de trabalho.

A demanda de ex-trabalhador que discute a conduta da ex-empresa empregadora, na qualidade de operadora de plano de saúde (modalidade autogestão), como a negativa de mantê-lo no plano coletivo original, deverá tramitar na Justiça Comum estadual (e não na Justiça do Trabalho) em razão da autonomia da Saúde Suplementar, da não integração da referida utilidade no contrato de trabalho, do término da relação de emprego e do caráter cível do tema.”

Após a formação desse precedente, a única hipótese em que a competência foi mantida na Justiça do Trabalho são as ações em face de planos de saúde na modalidade de autogestão, com regras previstas em contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva.

É o caso, por exemplo, do Programa de Assistência Multidisciplinar de Saúde - AMS, operado pela Petrobras e disciplinado em acordo coletivo de trabalho, caso em o STJ decidiu pela competência da Justiça do Trabalho,

Observa-se nesse precedente que a jurisprudência não tem feito distinção quanto ao fato de figurar na demanda trabalhador ativo, inativo ou dependente do trabalhador.

Fazendo um paralelo com a previdência complementar, consta precedente do STF, onde prevaleceu a posição da Min. Ellen Gracie no sentido de se firmar um critério objetivo para fixação da competência da Justiça comum, independentemente da existência da norma no contrato de trabalho acerca do plano de previdência complementar. Reafirmou-se a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. (RE 586453, julgado em 2013).

O STF chegou à compreensão de que a competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho e a inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal, que excepciona, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da CF.

Conforme o Min. Paulo de Tarso assentou em seu voto no CC nº 165.863/SP: “Ora, se a finalidade de um precedente qualificado é justamente produzir fácil ressonância, isto é, ser replicado em outros casos concretos, um critério excessivamente subjetivo não atende a essa finalidade, não merecendo ser adotado.”

O STF adotou o critério objetivo da autonomia da previdência complementar em relação ao contrato de trabalho, com base no art. 202, § 2º, da Constituição, fixando-se a competência na Justiça comum, ainda que o contrato de trabalho disponha sobre previdência complementar. Nos termos do dispositivo citado: “As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes”.

Desta forma, conforme o entendimento do relator do CC nº 165.863/SP:

“Porém, à falta de uma norma constitucional análoga à regra do art. 202, § 2º, da Constituição, versando sobre saúde suplementar, não me parece viável excepcionar as regras de competência enunciadas no art. 114 da Constituição. A solução, portanto, é buscar um outro critério objetivo. A ex-empregadora não figura na relação contratual como mera estipulante, que contrata através de terceiro (operadora de plano de saúde) benefício em favor dos seus empregados. Em verdade, a recorrente mantém o próprio plano de saúde em favor de seus empregados (modalidade de autogestão), razão pela qual a discussão acerca do direito do recorrido de ser mantido no plano de saúde possui relação direta com o contrato de trabalho extinto, impondo-se a competência da Justiça do Trabalho.”

Por sua vez, a cognição da Justiça do Trabalho não é limitada à aplicação da legislação trabalhista, podendo abranger também a aplicação legislação comum, inclusive as normas de regulação dos planos de saúde, desde que a demanda seja decorrente da relação de trabalho.

O relator pontuou: “Observe-se, porém, que o fato de a assistência à saúde não integrar o salário não implica, necessariamente, que ela não integre o contrato de trabalho, pois o objeto deste não se limita à mera fixação do salário do trabalhador.”

Nesse sentido, assim dispõe o art. 444 da CLT: “Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Em conclusão, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino assentou em seu voto no CC nº 165.863/SP:

“Ora, sendo livre a estipulação do conteúdo do contrato de trabalho, o fato de a assistência à saúde não ser considerada salário indireto não impede que ela integre, expressa ou tacitamente, o contrato de trabalho. Aliás, esse é o caso do já mencionado plano da Petrobras e da CEF, ambos previstos em acordo coletivo de trabalho.

Em conclusão, com esses fundamentos, propõe-se retomar o entendimento jurisprudencial que há pouco tempo prevalecia nesta Corte Superior, conforme julgados citados na parte inicial deste voto, primando assim pela segurança jurídica na definição da competência. Estando definida a competência da Justiça do Trabalho, a competência da Justiça comum se estabelece naturalmente *a contrario sensu*, por se tratar de competência residual.”

Assim, à unanimidade, foi fixada a tese de que compete à justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador. Como visto, a tese se aplica às causas em que o

trabalhador aposentado busca manter-se filiado ao plano de saúde da empresa.

O precedente vinculante do STJ consubstanciado no IAC nº 05 foi julgado em junho de 2020. Contudo, até dezembro de 2021 os tribunais trabalhistas mantiveram a competência da justiça especializada na matéria, conforme os precedentes colacionados abaixo:

“Nos termos do art. 114, I, da Constituição da República, compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. No caso em análise, a demanda versa sobre as condições de prestação de plano de saúde contratado pelo empregador, que decorre da relação de emprego que existiu entre empregado e seu ex-empregador, sendo incontroversa a competência desta Especializada para apreciação e julgamento do feito. O direito à manutenção do plano de saúde nas mesmas condições de cobertura assistencial de que a empregada gozava quando da vigência do contrato de trabalho, atribuindo à obreira apenas o pagamento integral do valor da mensalidade após o término da relação empregatícia, atende ao comando sentencial, já transitado em julgado, assim como as disposições insertas no art. 30 e 31 da Lei 9.656/98. (TRT-7 - Agravo de Petição nº 00007166020175070018. DJ de 23/06/2021).”

“Resta pacífico o entendimento de que esta Justiça é competente para o julgamento de demandas decorrentes de contrato de trabalho, em que se reclama a prestação de plano de saúde contratado pelo empregador, mormente quando a demandada reconhece que o referido plano é oferecido aos empregados, ativos e inativos, além de seus dependentes, nos termos do regulamento empresarial, na modalidade de Autogestão por RH. Recurso não provido. (TRT-13 - Recurso Ordinário Trabalhista nº 00001210520215130002. DJ de 10/12/2021).”

No mesmo sentido, há precedentes do TRT de MG nos anos de 2020 e 2021. No entanto, a partir de dezembro de 2021, o tribunal passou a adequar-se ao novo entendimento do STJ, conforme decisão no processo nº 0010103-83.2021.5.03.0111 publicada em 06/12/2021 em seu website:

“Justiça do Trabalho remete à Justiça Federal processo sobre manutenção de plano de saúde não regulado por contrato de trabalho ou norma coletiva.

A decisão se baseou em tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) proposto no Recurso Especial nº 1799343/SP, o qual resultou no Tema – IAC nº 5, nos seguintes termos: "Compete à Justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador”.

Pende no Tribunal Superior do Trabalho recursos para análise do mesmo tema. Caso o TST entenda por manter a competência na justiça especializada, divergindo do STJ, a questão deverá ser dirimida pelo STF, nos moldes do art. art. 102, I, “o”, da CF/88.

3-Inseminação Artificial e Fertilização in vitro

O STJ decidiu que a vedação à inseminação artificial estende-se igualmente à fertilização in vitro, não havendo necessidade de que essa proibição conste expressamente no contrato. Subjacente a este entendimento estão as consequências de uma decisão em sentido contrário, estando essencialmente calcado nos custos dos procedimentos. De fato, o preço médio da inseminação artificial é de R\$ 2.500,00, afora os medicamentos. Por outro lado, a fertilização in vitro custa em média R\$ 25.000,00.

Para o melhor entendimento dos argumentos jurídicos e bioéticos travados nos julgados, serão expostas as principais diferenças das duas técnicas reprodutivas, além de outras técnicas de reprodução assistida.

Em 25 de julho de 1978, nasceu na Inglaterra Louise Brown, o primeiro bebê concebido por inseminação artificial. O feito rendeu ao fisiologista Robert Edwards o Prêmio Nobel de Medicina em 2010, 32 anos após o procedimento.

Por sua vez, o primeiro parto bem sucedido por injeção intracitoplasmática de esperma, também conhecida como fertilização in vitro, ocorreu em 14 de janeiro de 1992. A técnica foi desenvolvida por Gianpiero Palermo, no Centro de Medicina Reprodutiva em Bruxelas. A descoberta foi feita por engano quando um espermatozoide foi colocado no interior do citoplasma.

Na inseminação artificial o processo de ovulação e gestação é inteiramente natural, havendo apenas um auxílio externo para o percurso do espermatozoide. O esperma pode ser inserido diretamente no útero (inseminação intrauterina-IIU), assim como no colo do útero ou nas trompas de falópio.

A infertilidade pode advir da obstrução na passagem do esperma pelo muco cervical, bem como pelo baixo número de espermatozoides, ou ainda pela incapacidade dos espermatozoides de nadarem através do colo do útero e subirem nas trompas de falópio.

A inseminação artificial deve ser precedida de abstinência sexual nos dias que a antecedem, a fim de garantir uma contagem segura de espermatozoides na ocasião do procedimento. O esperma também é lavado, separando-se a parte mais ativa por meio de uma centrífuga. Em seguida, um cateter introduz o esperma através do colo do útero. A mulher deve permanecer deitada por alguns minutos para a eficácia do procedimento.

Segundo a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, o Brasil pode ter até 8 milhões de inférteis. A endometriose é umas das principais doenças que impedem a reprodução natural. Ela pode dificultar também a técnica de inseminação artificial, fazendo os casais recorrerem à fertilização in vitro. Esta última técnica reprodutiva é efetivamente artificial, já que a fertilização dos oócitos é feita em laboratório, processo conhecido como bebê de proveta. É utilizado um único espermatozoide para cada óvulo, ao invés de 100.000 no processo natural. O esperma e o óvulo utilizados podem ser do próprio casal ou de doadores, resultando daí os termos homólogo ou heterólogo.

A fertilização in vitro pode ser complementada com a estimulação induzida por medicamentos, como o citrato de clomifeno e tratamento

hormonal, que aumentam a fertilidade, ajudando o corpo da mulher a ovular mais óvulos e levando ao desenvolvimento dos folículos ovarianos.

A depender das contingências, outras técnicas podem ser utilizadas para a reprodução assistida, como a cocultura endometrial autóloga, transferência intrafalópica de zigoto e o transplante de útero. Em teoria, o transplante é possível em transgêneros, porém não há casos relatados de sucesso neste procedimento. Já a Eclosão Assistida da Zona é realizada por meio de uma pequena abertura feita na camada externa ao redor do ovo para ajudar a eclodir o embrião.

Cocultura endometrial autóloga é um tratamento possível para pacientes que falharam em tentativas anteriores de fertilização *in vitro* ou que têm baixa qualidade embrionária. Os óvulos fertilizados da paciente são colocados em cima de uma camada de células do próprio revestimento uterino da paciente, criando um ambiente mais natural para o desenvolvimento do embrião.

Na transferência intrafalópica de zigoto, os óvulos são removidos dos ovários da mulher e fertilizados em laboratório. O zigoto resultante é então colocado na trompa de falópio.

Em muitos casos é necessário um diagnóstico genético antes da implantação, a fim de identificar embriões geneticamente anormais e melhorar os resultados saudáveis. Esse diagnóstico é feito por técnicas de triagem genética, como hibridização fluorescente e comparativa. Esse diagnóstico também detecta a gravidez multifetal, devendo ser seguida da redução seletiva do número de embriões implantados.

A doação mitocondrial é uma forma especial de fertilização *in vitro* na qual parte do DNA mitocondrial do futuro bebê vem de terceiros. Essa técnica é usada nos casos em que as mães carregam genes para doenças mitocondriais.

Existem ainda técnicas cirúrgicas, como a coleta de esperma diretamente do testículo em um curto procedimento ambulatorial.

Em geral, o termo reprodução assistida não inclui as técnicas de estímulo por medicamentos e a inseminação artificial. Porém, o termo abrange a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Esta última consiste em uma técnica na qual o conteúdo de um óvulo fértil de um doador é injetado no óvulo infértil do paciente junto com o esperma.

Por sua vez, a fertilização *in vitro* pode ser usada para tratar a infertilidade devido a oligospermia, anticorpos espermáticos, disfunção tubária ou endometriose, bem como infertilidade inexplicada. Neste caso, os óocitos são cultivados por até cinco dias. O uso dessa técnica para mulheres na menopausa ou com parceiros mais velhos é desaconselhado, apesar de não haver consenso no meio científico.

O procedimento de fertilização *in vitro* tem um custo de mercado até dez vezes superior ao da inseminação artificial. Isso porque ele exige a realização de exames, aplicação de hormônios para estimular os ovários, utilização de ultrassom, análise de qualidade dos ovários, transferência de embriões, preparo do útero e, em alguns casos, congelamento dos embriões excedentes, para criopreservação. A chance de engravidar na fertilização *in vitro* é de 50%, enquanto a inseminação artificial é de 20%.

As técnicas de reprodução assistida não estão imunes a riscos. São relatados aumentos nos partos prematuros, com problemas de deficiência visual e paralisia cerebral. Já as pacientes podem desenvolver pré-eclâmpsia, com aumento da pressão arterial durante a gestação.

A doação de esperma é uma exceção, com uma taxa de defeitos congênitos de quase um quinto em comparação com a população em geral. Isso pode ser explicado porque os bancos de esperma aceitam apenas pessoas com alta contagem de esperma.

Por outro lado, não existe diferença significativa na frequência de mutações entre fetos concebidos naturalmente e fetos de concepção assistida. Isso sugere que, com relação à manutenção da integridade genética, a concepção assistida é segura.

Em termos de oferta das técnicas de reprodução assistida, a lei assegura a todos o seu acesso no âmbito do sistema público de saúde. No entanto, a espera nos hospitais públicos é longa, fazendo com que os casais recorram ao sistema complementar, por meio de planos de saúde. No entanto, muitos planos não oferecem as técnicas reprodutivas, em especial suas modalidades básicas.

A realidade brasileira é semelhante a de muitos países. No Estados Unidos, muitos habitantes não têm cobertura de seguro para investigações e tratamentos de fertilidade. Alguns estados americanos passaram a exigir a cobertura. A taxa de uso é três vezes maior nos estados que oferecem cobertura completa. Em geral, as companhias de seguro de saúde cobrem

apenas o diagnóstico de infertilidade, mas não o custo de tratamento. O procedimento de fertilização in vitro nos EUA custa em torno de 40 mil dólares.

O seguro nacional de saúde de Israel, obrigatório para todos os cidadãos israelenses, cobre quase todos os tratamentos de fertilidade. Os custos de fertilização in vitro são totalmente subsidiados até o nascimento de dois filhos para todas as mulheres israelenses, incluindo mulheres solteiras e casais de lésbicas. As transferências de embriões para barrigas de aluguel também são cobertas.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que é inconstitucional que as seguradoras de saúde tenham que arcar com apenas metade dos custos da fertilização in vitro. Há ainda um subsídio do governo de 25% do valor do tratamento, restando aos pais suportar apenas uma parcela de 25% do custo.

Tanto na Alemanha como na França, o procedimento foi estendido para mulheres solteiras e casais de lésbicas em recentes alterações legislativas.

4- Inclusão na cobertura dos planos de saúde na visão do STJ

No Brasil, o tema foi objeto de intenso debate por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.794.629/SP em 2020. Nele, o STJ debateu se o art. 10, III, da Lei 9.656/98, ao excluir a inseminação artificial do plano-referência, também deve ser estendido à técnica de fertilização in vitro.

A terceira turma concluiu por maioria de 3 x 2 que inseminação artificial compreende a fertilização in vitro, além das demais técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino. Apesar de constar na ementa do acórdão alusão ao corpo feminino, existem técnicas reprodutivas que se aplicam ao corpo masculino. Contudo, considerando a fundamentação do voto condutor, extrai-se que o termo foi utilizado em um contexto abrangente. Restaram vencidos o relator, Ministro Moura Ribeiro, e o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que o acompanhou.

Preliminarmente, é necessário diferenciar infertilidade de esterilidade. Infertilidade traduz-se na diminuição da capacidade de ter filhos devido a alterações no sistema reprodutor masculino ou feminino. Um casal é considerado infértil quando não consegue conceber num período de 12 a 18 meses, sem uso de métodos anticoncepcionais, mantendo relações sexuais frequentes. Já a esterilidade constitui a incapacidade absoluta de fertilização natural. Diz-se que um casal é estéril quando a capacidade natural de gerar filhos é nula.

Para a corrente vencida, encabeçada pelo relator, a interpretação da norma deve ser estrita. Mesmo que exista no contrato de prestação de serviços uma cláusula determinando a exclusão de cobertura do plano para inseminação artificial e outras técnicas de reprodução, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a nulidade de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

O relator fundamentou seu entendimento nas disposições do art. 47 do CDC (as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor) e do art. 423 do CC/02 (quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente).

O art. 35-C da Lei nº 9.656/98 prevê a cobertura obrigatória dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar. O planejamento familiar é previsto no art. 226, §7º, da CF/88. Por sua vez, o art. 3º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.263/96, que regulamentou esse dispositivo constitucional, prevê a assistência à concepção e contracepção. Já o art. 9º da lei sobredita dispõe que: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Essas normas são de incidência obrigatória no âmbito do sistema público de saúde, considerando que a saúde é um direito fundamental previsto constitucionalmente. No entanto, a eficácia horizontal no âmbito dos seguros privados colide com outros princípios constitucionais aplicáveis aos seguros privados.

O planejamento familiar tem enfoque no controle de natalidade, com o fornecimento no sistema público de saúde de meios contraceptivos.

O art. 20, §1º, III, da Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS estendeu a disposição do art. 10, III, da Lei 9.656/98 para os demais métodos reprodutivos, nos termos seguintes: “III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e espermatozoides para alcançar a fertilização, por meio de injeções de espermatozoides intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.”

Considerando que a infertilidade é uma doença com código CID, a corrente vencida no STJ entendeu que o contrato padrão de assistência à saúde não poderá excluir da cobertura nenhuma das doenças previstas na classificação internacional da OMS, inclusive câncer, AIDS e qualquer outra doença infecto-contagiosa, na forma do art. 10 da Lei dos Planos de Saúde.

Nas palavras do relator, Min. Moura Ribeiro: “Chega-se, naturalmente, a essa conclusão porque aquele inciso da LPS diz expressamente inseminação artificial, e não somente inseminação, nada dizendo acerca de outras técnicas de Reprodução Assistida. Como visto, é conhecida a distinção conceitual de diversos métodos de reprodução assistida. Todavia, referida diversificação de técnicas não importa redução do núcleo interpretativo do disposto no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde, ao autorizar a exclusão do plano-referência da inseminação artificial.”

Este entendimento conflita com o enunciado nº 20 do CNJ, aprovado na 1ª Jornada de Direito da Saúde, que assim dispõe: “A inseminação artificial e a fertilização in vitro não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.”

Conforme Vanessa e Mayara:

“A atual Carta se distinguiu das anteriores ao avançar sobre a mera distribuição de competências executivas e legislativas e apresentar ao mundo jurídico a saúde enquanto direito, entendido na esteira da proposta da Organização Mundial de Saúde, como congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, com superação de um restritivo viés curativo e inclusão de aspectos protetivos e promocionais ao direito fundamental.” (Revista

Nacional de Direito de Família e Sucessões nº 11, março/abril de 2016).

Inaugurando a divergência, que foi seguida pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze, a Ministra Nancy Andrigui pontuou em seu voto condutor:

“Acaso acolhida a linha de interpretação eleita pelo voto do I. Relator, a cada novo procedimento científico associado à denominada procriação artificial, então mais uma vez seria compelida a operadora de plano de saúde a dar a respectiva cobertura. Esta não parece ser a solução exegética mais consonante com a Lei dos Planos de Saúde, conforme sua análise sistemática e também com suporte na Agência Nacional de Saúde Suplementar e na Jornada de Direito da Saúde do CNJ.

Não por outra razão que a Resolução Normativa 387/2015 da ANS, que incide na hipótese dos autos, menciona outras técnicas porventura associadas à ideia de inseminação artificial. Não é possível limitar a proibição exclusivamente à inseminação artificial e não a outros métodos artificiais, levando em conta a frágil distinção se a fecundação ocorre intracorpórea ou extracorpórea.”

Em seguida, a Ministra Nancy Andrigui asseverou:

“Respeitosamente, este não parece o critério relevante a definir a interpretação do dispositivo da lei. Vale ainda dizer que relegar a outras áreas do conhecimento a interpretação que deve prevalecer sobre a legislação federal infraconstitucional pode vir a confundir os jogos de linguagem de cada campo científico e, eventualmente, restringir esta Corte Superior na interpretação humanizada e de

justiça que resolve conflitos de direito material na sociedade brasileira.”

Aderindo a uma visão consequencialista do tema, a Min. Nancy Andrigui concluiu seu voto nestes termos:

“Vale também ponderar as consequências de uma interpretação como a emprestada pelo I. Relator ao dispositivo legal. Afinal, se a inseminação artificial for vedada e a fertilização in vitro autorizada, quais seriam as razões para os beneficiários de planos de saúde se utilizarem de um procedimento e não de outro, diante do fim último esperado com ambas técnicas científicas (gravidez/fertilidade). Sem ignorar as peculiaridades casuísticas a serem resolvidas pela indicação do profissional médico assistente, quer parecer que o próprio conteúdo da norma estaria esvaziado pelo excesso da restrição interpretativa sugerida pelo voto de relatoria. Isto é, a pretexto de se interpretar restritivamente o rol taxativo o resultado desta exegese seria o próprio estrangulamento da norma ante a hiperespecificação da sua hipótese de incidência. Com todas as vênias, esta também não parece ser a melhor exegese do dispositivo legal.”

Este voto divergente demarcou as balizas que diferenciam a perspectiva do tema nos sistemas público e privado de saúde, uma vez que possuem princípios próprios, conforme assentou a Ministra Nancy Andrigui:

“Por fim, em respeito à judiciosa posição do Ministro Relator, rememoro que, a propósito da Lei 9.236/96, em todos os precedentes desta Turma, foi definido que seu conteúdo normativo diz respeito ao Estado e à prestação do serviço público de saúde. Por essa razão, a disponibilização pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de auxílio referente à reprodução

assistida na modalidade fertilização in vitro constitui política pública que não se confunde nem é capaz de alterar a relação contratual-privada própria dos planos de saúde regulados pela LPS. Esta é a fundamentação de todos os precedentes sobre a matéria.”

Como visto, no julgamento foi exposta a tese de que a infertilidade é uma doença com código CID, e portanto, deve o plano custear a fertilização in vitro, conforme preceituado no art. 10 da LPS, que prevê a cobertura das enfermidades indicada na referida classificação da OMS. No entanto, chegou-se à compreensão de que essa técnica não constitui tratamento, quer para os problemas de saúde, quer contra a infertilidade deles decorrente. Trata-se, isto sim, de alternativa para conseguir engravidar, em que a causa da infertilidade propriamente dita não é enfrentada ou tratada. Por isso mesmo, a Lei nº 9.656/98 exclui expressamente a inseminação artificial do rol dos procedimentos de cobertura obrigatória, nos termos do artigo 10, inciso III.

Contudo, prevaleceu a interpretação sistemática da Lei dos Planos de Saúde, em consonância com os atos administrativos produzidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, não cabendo a aplicação isolada do art. 47 do CDC.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, seguindo a divergência inaugurada pela Ministra Nancy Andrigui, asseverou em seu voto: “A interpretação restritiva que se propõe ao art. 10, III, da LPS, no sentido de que o legislador permitiu a exclusão apenas da inseminação artificial, não se coaduna com a realidade e com os avanços no âmbito da medicina. Do contrário, a cada novo procedimento desenvolvido para a reprodução humana, teríamos duas possibilidades: a) a alteração legislativa para excluir o procedimento do rol de cobertura mínima obrigatória a ser observado pelo plano de saúde ou b) a obrigação da operadora de custear procedimentos cada vez mais complexos e custosos.

Acerca do poder normativo das agências reguladoras, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ponderou:

“Entendo que o Poder Judiciário deve observar o dever de deferência às normas expedidas pelas agências reguladoras, em especial pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Esse dever

encontra respaldo na separação dos poderes, no fato de que incumbe ao Poder Executivo tomar decisões na esfera administrativa, de maneira geral, e às agências reguladoras, de modo mais específico, visto que dotadas de expertise técnica para a produção de atos administrativos. Com efeito, no âmbito da saúde suplementar, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os dispositivos legais da Lei dos Planos de Saúde, tem exercido o controle judicial dos atos administrativos produzidos pela ANS em consonância com o dever de deferência.”

Sobre o diálogo com as normas da ANS, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ponderou em seu voto-vista: “O diálogo com as normas da ANS é fundamental para o ordenamento jurídico e, no caso, não vislumbro ilegalidade que justifique o afastamento dos atos normativos supracitados expedidos pela Agência. Na verdade, entendo que ambas as Resoluções (nº 428/ANS e nº 192/ANS) buscam definir termos amplos e utilizados sem rigor técnico pelo legislador ('inseminação artificial' e 'planejamento familiar'), justamente com o intuito de evitar interpretações que coloquem o consumidor ou a operadora do plano de saúde em posição extremamente desvantajosa.”

Esse poder normativo da ANS está em consonância com o entendimento do STF exarado na ADI 4874, julgada em 2018, acerca do poder normativo conferido à ANVISA.

Como visto, a 3ª turma do STJ promoveu uma interpretação sistemática e teleológica da Lei dos Planos de Saúde, refutando o simples formalismo da interpretação literal. Prevaleceu no exame da questão a perspectiva relacionada aos custos financeiros decorrentes de um entendimento contrário.

No julgamento seguinte, o STJ aprofundou ainda mais a questão, numa gradação da aplicação da Análise Econômica do Direito. O primeiro julgado analisado ventilou as consequências da decisão. No próximo julgamento, como será visto, preponderou uma análise mais detida dos custos para as operadoras, e conseqüentemente, para a própria viabilidade do serviço no mercado de consumo, na linha da doutrina de Cass Sunstein.

O REsp. 1.794.629/SP, comentado acima, foi julgado pela 3ª turma do STJ em 18/02/2020. Dois dias depois, em 20/02/2020, a 4ª turma também ocupou-se do tema, no julgamento do Recurso Especial nº 1.823.077/SP. Neste último julgado, houve um aprofundamento da visão consequencialista, minudenciando os critérios atuariais do equilíbrio econômico dos contratos de seguro saúde. Diferentemente do julgamento da 3ª turma, o da 4ª turma foi unânime, não havendo divergência.

O relator na 4ª turma, Min. Marco Buzzi, asseverou em seu voto condutor: “A interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, tanto o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, quanto o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar.”

O Min. Marco Buzzi afirmou em seguida: “A interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa salvo expressa previsão contratual.”

O caso objeto do recurso dizia respeito a um diagnóstico de endometriose (CID Nº 10-N80.0). Trata-se de enfermidade que atinge de 10% a 15% das mulheres em idade reprodutiva, e dentro desse percentual, aproximadamente 30% tem chances reais de desenvolverem infertilidade.

Sobre essa doença, a Resolução nº 1931/2019 do Conselho Federal de Medicina expõe: “O endométrio - tecido que reveste o interior do útero - nos períodos menstruais da mulher fica mais espesso para que um óvulo fecundado possa se implantar nele. Quando não há gravidez, esse endométrio que aumentou descama e é expelido na menstruação. Em alguns casos, um pouco desse sangue migra e atinge os ovários ou a cavidade abdominal, causando a lesão endometriótica.”

O Ministério da Saúde, no protocolo clínico e nas diretrizes terapêuticas de tratamento da endometriose, apresenta extensa lista de terapias médicas de enfrentamento da doença, tais como: tratamento clínico com uso de anticoncepcionais orais e tratamento cirúrgico, indicado quando os sintomas são graves, incapacitantes, quando não houver melhora com

tratamento empírico com contraceptivos orais ou progestágenos, em casos de endometriomas, de distorção da anatomia das estruturas pélvicas, de aderências, de obstrução do trato intestinal ou urinário.

A Resolução Normativa nº 192/2009 da ANS estabeleceu a cobertura obrigatória dos seguintes procedimentos no planejamento familiar: consulta de aconselhamento para planejamento familiar, atividade educacional para planejamento familiar e implante de dispositivo intrauterino -DIU. Não há referências à inseminação artificial e fertilização in vitro.

Logo, o planejamento familiar, como indicado acima, possui nítido cariz de controle de natalidade. Nada impede, contudo, que seu escopo seja estendido para a reprodução natural ou assistida. No entanto, não se extrai essa perspectiva das normas atualmente aplicáveis. Interligar a obrigação de custeio da fertilização in vitro quando relacionada ao planejamento familiar, com base no art. 35-C, III, da Lei de Planos de Saúde, não se coaduna à configuração atual da norma.

Sobre esse assunto, o Min. Marco Buzzi pontuou em seu voto: “Assentado no binômio concernente à necessidade de preservação da saúde do paciente, e a possibilidade de custeio de tratamento médico, respeitando-se, obviamente, os princípios da boa-fé objetiva e probidade na formação e execução dos contratos, encontrar-se-á o atendimento à legítima expectativa do consumidor ao celebrar o ajuste, bem como a gestão equilibrada dos custos operacionais e financeiros, por parte das entidades de assistência à saúde.”

A propósito, não se olvida do julgamento finalizado no último dia 18/02/2020, proferido nos autos do REsp. nº 1.794.629/SP, redator para acórdão Min. Nancy Andrigui, em que a eg. 3ª turma, por maioria de votos, vencidos os e. Ministros Moura Ribeiro e Min. Paulo de Tarso Sanseverino, conferiu provimento ao apelo recursal da instituição de saúde a fim de desobrigá-la ao custeio do tratamento ora questionado. De fato, não há, pois, renovadas venias, lógica que o procedimento médico de inseminação artificial seja, por um lado, de cobertura facultativa - consoante a regra do art. 10, III, da lei de regência - e, por outro, a fertilização in vitro, que possui característica complexa e onerosa - consoante examinamos alhures - tenha cobertura obrigatória.

Permitir interpretação absolutamente abrangente, tal como consignado pelo eg. TJSP - acerca do alcance do termo "planejamento familiar", de modo a determinar cobertura obrigatória da fertilização in vitro,

acarretará, inegavelmente, direta e indesejável repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde. Além disso, o exame de controvérsias deste jaez exige que a interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa, salvo, evidentemente, se estiver previsto contratualmente, circunstância inexistência na hipótese dos autos.”

Por fim, o Min. Marco Buzzi assentou em conclusão de voto:

“A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.”

Este julgamento da quarta turma foi categórico na análise das consequências da decisão judicial, em detrimento da interpretação meramente literal do texto de lei. Ilustrativamente, veja-se um contrato de seguro saúde com cláusula de cobertura expressa para a fertilização *in vitro*, silenciando quanto à técnica de inseminação artificial. Neste caso específico, as regras hermenêuticas conduzem à inclusão da inseminação artificial na cobertura, mesmo que ela não conste expressamente no contrato. A interpretação extensiva se baseia nos custos desta técnica, que é 90% menor que a fertilização *in vitro*.

Por outro lado, o inverso não é verdadeiro. Se o plano cobrir apenas a inseminação artificial, em cláusula objetiva e expressa, sendo silente quanto

à fertilização in vitro, não será possível sua extensão hermenêutica para cobrir também este último procedimento, que custa dez vezes mais. Como visto acima, as diferentes técnicas reprodutivas possuem custos diferenciados. Além do CDC, a exegese dos contratos de seguro saúde devem buscar subsídios no art. 421-A do NCC.

Este último julgado da 4ª turma fundamentou-se nos critérios atuariais dos seguros saúde. O estudo da atuária possui métodos matemáticos e estatísticos que transformam incertezas em riscos mensuráveis.

Após a mensuração dos riscos, são estipulados os prêmios a cargo dos segurados para a cobertura dos sinistros. Logo, a extensão judicial para eventos não considerados na previsão de cálculo fará com que os planos entrem em colapso. A saída encontrada para manter o negócio viável será reajustar o valor dos prêmios, fazendo com que os segurados de menor renda desistam da contratação e, conseqüentemente, pressionem o sistema público de saúde.

Semanas antes dos dois julgados comentados, o STJ havia autorizado os planos de saúde individuais e familiares a reajustarem suas mensalidades em decorrência da mudança de faixa etária dos segurados, inclusive dos idosos. Alguns precedentes confirmaram reajustes de até 130% para segurados que completassem 59 anos de idade, bastando a demonstração da viabilidade atuarial. O mesmo entendimento tende a ser aplicado aos planos coletivos de saúde.

Este raciocínio tem como premissa a elevação dos custos dos segurados idosos. A prática revela que nesta faixa etária há um crescimento na demanda pelos serviços de saúde. Logo, mesmo considerando o reajuste nos valores dos prêmios, a elevação nos custos resulta em desproporção entre as mensalidades recolhidas e os desembolsos efetuados pelo plano de saúde. Assim, inverte-se a lógica dos seguros convencionais, onde o cálculo do prêmio é proporcional ao incremento do risco, tais como nos seguros de vida e automotivo.

O Superior Tribunal de Justiça fundamenta essa desproporção entre prêmio e sinistralidade no mutualismo e na solidariedade intergeracional, mantendo-se o descompasso entre a reserva matemática formada pelos segurados idosos e os custos dos serviços de saúde por eles exigidos. Se assim não fosse, o acesso aos planos de saúde dessa camada da população estaria inviabilizado, já que nos últimos dois anos houve redução média de 50% no valor das aposentadorias.

Essa desproporção, no entanto, não pode onerar demasiadamente as camadas mais jovens de segurados, sob pena de a debandada dos planos ocasionar a seleção adversa, tornando o negócio inviável atuarialmente.

A comprovação de conformidade do reajuste por faixa etária com a norma da ANS é feita de forma prévia, por meio da Nota Técnica de Registro de Produtos (NTRP), a cargo de um atuário, com as premissas técnicas do cálculo. A ANS certifica o reajuste por meio deste documento.

Historicamente, a atuária foi desenvolvida de forma paulatina, juntamente com outras áreas da matemática. No século XVIII, o matemático suíço Jacques Bernoulli elaborou a Lei do Acaso, depois denominada Lei dos Grandes Números, uma área da estatística empírica. Em 1816, o matemático francês Pierre Simon Laplace estudou os fenômenos aleatórios.

O progresso estatístico foi conjugado com as ferramentas da atuária, a exemplo da tábua de vida do astrônomo Edmond Halley. Os cálculos atuariais passaram a contar com modelos preditivos avançados. Antes tidos como imprevisíveis, as doenças e acidentes de uma amostra de segurados passaram a ter previsibilidade tanto na sua ocorrência quanto nos seus custos.

Os cálculos atuariais dos seguros saúde utilizam provisões mensais, mensalidades estocásticas e postecipadas, frequência de utilização (divisão do número de sinistros pelo número de expostos), carregamentos, média de severidade dos sinistros, desvio padrão da frequência e agrupamento dos eventos e serviços ofertados (consultas, internações, diagnoses), além de técnicas de regressão linear. Estes dados visam calcular a Margem de Segurança Estatística aplicada ao plano de saúde, conferindo-lhe sustentabilidade financeira a longo prazo.

Essa aderência à previsibilidade levou as ferramentas da atuária para distintos campos do saber, como a previsão da reincidência de criminosos, em especial em crimes sexuais.

A atuária não se aplica apenas aos seguros privados de saúde. O sistema público igualmente utiliza essa técnica para a alocação eficiente de recursos orçamentários. No âmbito do SUS, no entanto, outros desafios se fazem presentes, como a cobertura do déficit nominal por meio da emissão de títulos públicos.

O Banco Mundial e o TCU apontam que o princípio da universalidade previsto no sistema público não possui sustentabilidade atuarial, por conta do crescimento dos gastos de saúde acima do produto interno bruto no período

de 2003 a 2017. Referidas instituições recomendam a implantação de redes integradas de atenção à saúde e de fortalecimento da atenção básica. A PEC 45/2021 busca ainda desjudicializar a saúde pública, tornando obrigatória a análise técnica prévia para a incorporação de remédios e procedimentos no âmbito do SUS.

De outro giro, há uma vasta literatura demonstrando o impacto positivo no PIB em decorrência dos investimentos em saúde. No entanto, esses investimentos devem ser sustentáveis, a fim de perdurarem no tempo.

O entendimento do STJ foi reafirmado no mês de outubro de 2020, com o julgamento conjunto pela 2ª Seção dos Recursos Especiais 1.822.420, 1.822.818 e 1.851.062, por meio da sistemática dos recursos repetitivos. Neste julgamento, os argumentos foram repisados, não havendo alteração de entendimento por parte dos ministros integrantes, resultando em apenas dois votos divergentes.

Conclusão

O artigo expõe as premissas pelas quais o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente pelas 3ª e 4ª turmas, e posteriormente pela 2ª Seção reunida, decidiu pela inviabilidade de estender a cobertura dos planos básicos de saúde para os procedimentos de inseminação artificial e fertilização in vitro.

Preambularmente, o trabalho expôs a competência jurisdicional para a matéria. Em seguida, foi analisada a decisão da terceira turma, que entendeu por maioria pela inviabilidade de obrigar o plano de saúde a cobrir os procedimentos mencionados, com base nas consequências da decisão para o mercado securitário. Em seguida, a quarta turma aprofundou o tema, em julgamento unânime, minudenciando os critérios atuariais que dão sustentabilidade aos seguros saúde. Entendimento similar havia sido tomado semanas antes, no caso do reajuste dos planos de saúde na última faixa etária. Por fim, a 2ª Seção retomou o tema, repisando os mesmos argumentos em precedente qualificado.

Desta forma, foi possível vislumbrar o liame lógico-dedutivo que perfilhou o raciocínio dos integrantes da corte, esteados na viabilidade atuarial dos planos de saúde no mercado de seguros. Pesou igualmente a visão

consequencialista da interpretação dos contratos, já que a cada nova técnica de reprodução assistida que despontasse na área médica, haveria impacto imediato nos planos de saúde, prejudicando a segurança jurídica, a previsibilidade econômica e a própria viabilidade deste modelo de negócio.

Referências

Ejan Mackaay e Stephane Rousseau. *Análise Econômica do Direito*. Editora Atlas. 2ª Edição. 2015.

Gustavo Henrique Wanderley de Azevedo. *Seguros, Matemática Atuarial e Financeira*. Saraiva. 1ª edição. 2017.

Julio César Ballerini Silva. *Direito à Saúde na Justiça – Teoria e Prática*. Editora Imperium. 2020.

Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal. *Direito à Saúde*. Revista dos Tribunais. 2020.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Mayara Saldanha Cesar Guimarães Caldas. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões* n° 11, março/abril de 2016.

O ENIGMA DA EXECUÇÃO: DECIFRA-ME OU TE DEVORO.

Resumo: O presente artigo faz uma incursão na fase processual mais enigmática do processo brasileiro, buscando descortinar os caminhos legais e jurisprudenciais que levam à efetividade da execução. Para isso, serão analisados tanto os mecanismos tecnológicos mais modernos, como as ferramentas digitais de investigação patrimonial, quanto a expropriação tradicional, com a penhora de máquinas, veículos e imóveis, que ainda constituem os principais mecanismos de satisfação do título executivo no âmbito trabalhista.

Palavras-chaves: Execução forçada; Penhora; caminhos processuais; entendimentos jurisprudenciais atuais; manejo da legislação.

Abstract: This article makes an incursion into the most enigmatic procedural phase of the Brazilian process, seeking to uncover the legal and jurisprudential paths that lead to the effectiveness of the execution. For this, both the most modern technological mechanisms will be analyzed, such as digital tools for heritage investigation, as well as traditional expropriation, with the attachment of machines, vehicles and real estate, which still constitute the main mechanisms of satisfaction of the enforceable title in the labor field.

keywords: Forced execution; Garnishment; procedural paths; current jurisprudential understandings; legislation management.

Sumário: 1-Introdução. 2-A Penhora Como Pedra de Toque da Teoria Geral da Execução. 3-A Visão Doutrinária Sobre Técnicas Executivas. 4-

Principais Aspectos Jurisprudenciais na Execução Trabalhista. 5-Negócios Jurídicos Atípicos nos Atos Expropriatórios. 6-A Execução Trabalhista nas Relações Desportivas. 7-Conclusão. Referências.

1-Introdução

A imagem da esfinge existiu em diversos povos antigos. A esfinge no Egito era uma guardiã espiritual. Já a esfinge persa tinha significado diverso. Esfinge é um termo grego, existindo artefatos que remontam ao século VII a.C. Na mitologia grega, a esfinge trouxe destruição a Tebas, até que Édipo resolveu seu enigma. O ser mitológico então lançou-se ao precipício.

A comparação da execução com o enigma da esfinge se justifica. Afinal, apesar de receber em tempo hábil uma folha de papel com seu direito transcrito, o credor dificilmente o terá concretizado. Na Justiça do Trabalho, tradicionalmente, a ineficácia na execução é de cerca de 70%. Somados aos processos com baixa temporária ou definitiva, em decorrência da prescrição intercorrente, a execução frutífera se torna uma exceção. Poucos processos em que há recalcitrância do executado resultam em um cumprimento forçado exitoso.

Acerca da fase de execução, os levantamentos estatísticos do CNJ apontam que (Justiça em Números, 2022, pág. 216):

“a fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. Porém, esse tempo pode ser prejudicado pelas dificuldades na execução e constrição patrimonial que ocorre nessa fase. Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, aproximadamente o triplo de tempo na fase de execução (3 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 3 meses). Esse dado é coerente com o observado na taxa de congestionamento, 85% na fase de execução e 68% na fase de conhecimento. A Justiça do Trabalho e a

Justiça Federal se destacam por possuir tempo médio de tramitação na fase de conhecimento inferior a um ano, sendo 9 meses entre os Tribunais Regionais do Trabalho e 10 meses entre os Regionais Federais. Na execução, ao contrário, o maior tempo médio está na Justiça Federal, 6 anos e 4 meses, seguido da Justiça Estadual: 4 anos. Os dados, assim, revelam agilidade na fase de conhecimento, mas dificuldades na fase executória”.

Não se desconhece que muitos negócios no Brasil são encerrados precocemente. Segundo os levantamentos do Ministério da Fazenda, Sebrae e IBGE, a taxa de mortalidade das empresas nos primeiros dois anos de funcionamento é de cerca de 60%. Nesse cálculo não se pode considerar apenas as baixas na SRF, já que muitas empresas encerram fisicamente suas atividades, mas demoram para regularizar sua situação nos órgãos oficiais, em parte, porque os donos têm a esperança de reativar seus negócios em um futuro próximo. Nada obstante o princípio da alteridade, previsto no art. 2º da CLT, essa conjuntura econômica impacta na execução forçada.

Mas há outras questões. Sabe-se que o Brasil possui um desenvolvimento desigual, com algumas regiões ostentando elevado PIB per capita, em comparação com outras regiões menos desenvolvidas. No entanto, mesmo em regiões mais ricas, os gargalos da execução se mantêm. Fala-se que há uma cultura do calote que vigora no país de norte a sul, que também afeta as relações de trabalho. O calote é diferente da inadimplência. Esta advém de condições instáveis do devedor, como o infortúnio. Aquele advém da conduta voluntária de não honrar as dívidas, com a única finalidade de locupletamento.

No Brasil, a inadimplência dos consumidores é atrelada a juros altos, inflação, desemprego, falta de educação financeira e consumismo. Cerca de 70 milhões de pessoas no país estão inadimplentes. Contribui para este quadro o calote dos salários pelo empregador, que gera o infortúnio ao empregado, que por conta disso se torna inadimplente no comércio.

Sobre a cultura no Brasil de locupletamento à custa de terceiros, discorremos no livro “Neuroimputação: a culpabilidade à luz da neurociência” (editora Dince, 2023, pp. 240):

“Sérgio Buarque de Holanda falava do homem cordial, um artifício psicológico e comportamental, que se deixava levar pelas emoções nas interações sociais. No Brasil, era comum a prática da ‘Lei de Gérson’. Gérson era um jogador da seleção brasileira, campeão do mundo em 1970. Em uma propaganda de cigarros, ele utilizou a expressão do futebol ‘levar vantagem’, que significa chegar na frente. No entanto, a expressão acabou sendo associada à malícia pela mídia da época, sendo incorporada com igual sentido pelo senso popular.”

Há um conhecido ditado popular no Brasil que diz que “o mundo é dos espertos”, que levam vantagem sobre terceiros. Os gargalos da execução estão ligados em grande medida a essa cultura, como a prática disseminada de blindagem patrimonial. Para contornar esse cenário, é necessário desvendar os enigmas que cercam a execução, sob pena de ser por ela devorado em atos infundáveis sem utilidade, levando o processo à ruína. Para isso, é preciso manejar adequadamente a legislação e os entendimentos jurisprudenciais mais recentes de forma a atingir o escopo da execução.

2-A Penhora Como Pedra de Toque da Teoria Geral da Execução

No âmbito de uma teoria geral, a execução se divide em duas modalidades: a execução direta por sub-rogação, que pode ser por expropriação, desapossamento ou transformação; e a execução indireta por coerção, que pode ser pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa).

A penhora é o principal instrumento da execução por sub-rogação expropriativa, que é o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente. Ela se qualifica como um ato premonitório, que afeta o bem, a fim de sujeitá-lo aos fins da execução. Visa segregar bens do devedor, não importando de imediato a perda da posse ou do domínio. Consiste em um vínculo processual que afeta os bens à execução. Qualquer ato de disposição do bem penhorado será ineficaz ao credor, podendo ainda configurar o crime do art. 179 do CP, cuja ação penal é de natureza privada. Dentre os efeitos da penhora estão a garantia do juízo, a concentração da atividade executiva sobre

o bem e o direito de preferência. A sujeitabilidade, a segregação e a afetação caracterizam o ato executivo de penhora.

A penhora está estreitamente vinculada a institutos de direito processual e material, a exemplo da responsabilidade patrimonial, patrimônio, coisa e bem. A responsabilidade patrimonial é a sujeitabilidade do patrimônio do devedor às medidas executivas, e vem prevista nos arts. 391 do CC e 789 do CPC. Pode ser primária ou secundária. Por sua vez, patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, com conteúdo econômico, vale dizer, mensuráveis em dinheiro. Já coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Por fim, bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Os bens estão previstos nos arts. 79 a 103 do CC, enquanto as coisas são tratadas nos arts. 1.196 a 1.510-E do CC.

Tendo o Código Civil encampado o conceito de bem como coisa suscetível de apropriação e com conteúdo econômico, será sobre ele que a penhora recairá. Ela terá como limite máximo tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios, e como limite mínimo as custas da execução, conforme expresso, respectivamente, nos arts. 831 e 836 do CPC.

Doutrinariamente, a penhora constitui o ato pelo qual se especifica o bem que irá responder concretamente por determinada execução. Sua funcionalidade reside em determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação e fixar sua sujeição à execução (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. v. IV. ed. 4. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 577; Francesco Carnelutti. *Instituições do processo civil*, v. 3. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 18, item 683).

Entende-se que a penhora tem natureza instrumental, a constituir pressuposto para os ulteriores atos executivos, conhecidos na prática como execução da execução, a exemplo do ato final de remoção de bens.

Dessa maneira, a penhora não se confunde com a posterior adjudicação ou alienação do bem gravado (Araken de Assis. *Manual da execução*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021). Destaca-se também que a penhora não se equipara ao bloqueio e às restrições preliminares viabilizadas por meio do sistema Renajud. Tampouco se confunde com o depósito do bem, o qual é ato complementar à penhora, e não necessário à sua efetivação. Nesse sentido, entende o STJ que a mera ausência de nomeação do depositário no auto ou termo de penhora, bem como a recusa do depositário/executado em assiná-lo

não invalida a penhora, conforme os seguintes precedentes: REsp 399.263/RS, 3ª Turma, DJe 24/2/2003; REsp 248.864/GO, 3ª Turma, DJe 29/9/2003; e REsp 990.502/MS, 4ª Turma, DJe 19/5/2008. Trata-se de atos diversos, ainda quando realizados concomitantemente.

O ato específico de penhora acarreta efeitos nos planos processual e material. Processualmente, conduz à individualização dos bens do patrimônio do executado; à garantia do direito de preferência (art. 797, caput, CPC/15); à conservação dos bens penhorados por meio de sua entrega a depositário (art. 383, IV); ao desencadeamento de técnicas expropriatórias (art. 825); e à viabilização do efeito suspensivo à defesa do executado (DIDIER JR., *Fredie. Curso de direito processual civil: execução*. 11º. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. págs. 838-842). No plano material, a penhora serve à reorganização da posse em favor do depositário (art. 839 e 840, §2º, do CPC/15); ineficácia relativa dos atos de disposição (art. 804 do CPC/15); e perda relativa dos direitos de fruição (art.868 do CPC/15) (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021).

3-A Visão Doutrinária Sobre Técnicas Executivas

Muitos mecanismos despontaram nos últimos anos para atingir o objetivo de solver a dívida no âmbito trabalhista, tais como ferramentas tecnológicas e agilidades processuais. Como exemplos na doutrina, Ricardo Calcini, Richard Wilson Jamberg, Rafael Guimarães (*Execução Trabalhista na Prática*, editora Mizuno, 2ª edição, 2022, p. 1.133) discorrem sobre a formação de um consórcio de credores para a arrematação de bens em leilão judicial. A esse respeito, o Código de Processo Civil regula o concurso singular de credores no art. 908, §2º, estabelecendo a distribuição do dinheiro entre os concorrentes conforme a ordem de anterioridade da penhora.

Por sua vez, Mauro Schiavi (*Execução no Processo do Trabalho*, editora Juspodivm, 15ª edição, 2023, p. 485) analisa a possibilidade de arrematação parcelada dos bens no leilão judicial. O art. 895 do CPC permite essa modalidade de arrematação, e o art. 17 do Provimento GP/CR nº 07/2021 do TRT2, por exemplo, dispõe que o lance à vista terá preferência sobre o lance parcelado.

Um caso prático pode ilustrar a agilidade que essa modalidade pode trazer à execução. O TRT-MG julgou o Agravo de Petição no processo nº

0011983-21.2015.5.03.0144 em 2018, entendendo válida a arrematação de imóvel pela metade do valor e em cinco parcelas. O imóvel foi reavaliado em R\$ 2,5 milhões, sendo arrematado por R\$ 1,2 milhão, em cinco prestações. O tribunal entendeu que os arts. 884, 887 e 895 do CPC são compatíveis com o processo do trabalho, por força do disposto no art. 2º da IN nº 39 do TST.

Segundo Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho (Curso de Direito Processual do Trabalho, editora Atlas, 4ª edição, 2020):

“Algumas inovações têm surgido nas penhoras efetuadas na Justiça do Trabalho. Entre elas encontramos a possibilidade de penhorabilidade de recursos repassados por ente público (art. 833, IX, do CPC) e a penhora sobre empréstimo consignado (art. 833, IV, do CPC), pois se admite a possibilidade de reserva de até 30% na penhora de salário do executado, com mais razão ainda a penhora da totalidade do produto da operação de crédito, com pagamento indireto, cujas parcelas são deduzidas diretamente da folha de pagamento.

Já Maximiliano Silveira Sabóia (Penhora à Luz do CPC, editora Memória Forense, 9ª edição, 2022, pág. 1.095) discorre sobre a restituição das sobras na arrematação. Acerca do assunto, o art. 907 do CPC dispõe que, pago ao exequente o principal, os juros, as custas e os honorários, a importância que sobrar será restituída ao executado. No entanto, na Justiça do Trabalho tem sido comum as sobras serem direcionadas para outras execuções em face do mesmo devedor, desde que tramitem no mesmo juízo ou foro. Neste último caso, com feitos em ofícios de justiça distintos (art. 150 do CPC) pertencentes a um mesmo foro, é comum a adoção do procedimento de reunião de execuções, enquanto outros aplicam o art. 860 do CPC, procedendo-se à penhora no rosto dos autos.

Percebe-se que a doutrina especializada tem se debruçado sobre as inúmeras alternativas para que a execução atinja seu escopo. No entanto, todas essas medidas têm mostrado pouco efeito prático, em parte pelo desconhecimento de seus meandros. No âmbito jurisprudencial não é diferente, sendo necessário conhecer as sinuosidades que cercam as principais medidas executivas no âmbito trabalhista, como a penhora de veículos,

imóveis, máquinas e salários. Nessa discussão, destaca-se a relação entre CPC e CLT, STJ e TST, cautelas necessárias, boa-fé e costumes nos negócios. Senão, vejamos.

4-Principais Aspectos Jurisprudenciais na Execução Trabalhista.

No julgamento do Recurso de Revista nº 1000648-58.2018.5.02.0322 realizado em 2020, a 5ª turma do TST desconstituiu a constrição judicial de um automóvel, uma vez que o negócio jurídico pactuado foi realizado de boa-fé. Isso porque, quando o automóvel foi adquirido, conforme documento com reconhecimento de firma em cartório, não havia ainda direcionamento da sua execução ou registro da constrição do veículo. Segundo o acórdão, deve-se levar em consideração o costume social de aquisições de bens sem a devida cautela do adquirente, principalmente envolvendo pessoas de pouca ou nenhuma escolaridade, de quem não se pode exigir a adoção das cautelas recomendadas.

Já no julgamento do Recurso de Revista nº 184-97.2018.5.09.0567 realizado em 2022, a 2ª turma do TST afastou a penhora de um imóvel residencial de São Bernardo do Campo-SP, decretada em ação trabalhista. Isso porque, por ocasião da assinatura do contrato de compra e venda, não havia nenhum registro da penhora na matrícula do imóvel. A escritura não foi lavrada porque a compra teria sido parcelada, e somente depois haviam quitado o saldo devedor, como é costume nas transações imobiliárias. No entanto, o TRT2 manteve a penhora, uma vez que na data do contrato de compra e venda, a ação principal já estava em curso. Segundo o regional, se os compradores tivessem tomado as cautelas necessárias, teriam ciência de que o vendedor constava no polo passivo da ação trabalhista. No julgamento do recurso de revista, o ministro Sérgio Pinto Martins destacou que o TST adotou o entendimento da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de que somente se reconhece a fraude à execução quando há registro da penhora na oportunidade da alienação do bem ou quando comprovada a má-fé do terceiro adquirente. No entanto, esses requisitos não foram observados pelo regional, que fundamentou a manutenção da penhora no fato de a ação principal já estar em tramitação.

No tocante à alegação de fraude, comum nos casos de alienação de bens, o TST entendeu no julgamento do Recurso de Revista nº 6-

58.2015.5.01.0024 realizado em 2021 que, não tendo sido comprovada a má-fé do comprador nem a sua ciência de que, na época do negócio, corria ação trabalhista capaz de reduzir o devedor à insolvência, não há como presumir a fraude à execução. Segundo o acórdão, o requisito para a constatação da fraude à execução não é puramente objetivo. É necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, a existência de má-fé do terceiro adquirente. Conforme o relator, ministro Caputo Bastos, ainda que a venda do imóvel tenha ocorrido após o ajuizamento da ação, sem a comprovação de que o comprador tenha agido de má-fé ou tivesse conhecimento da ação na época da compra, não há como presumir a fraude à execução.

Outra questão de grande interesse prático diz respeito à copropriedade. O art. 843 do CPC, e seus parágrafos, estabelece a preferência para arrematação em favor do coproprietário ou do cônjuge do executado, na hipótese de penhora de bem indivisível – uma forma de evitar a dificuldade de alienação apenas da parte do devedor e a constituição forçada de condomínio entre o arrematante e o coproprietário ou o cônjuge. Desta forma, nas execuções judiciais, para que haja o leilão de imóvel indivisível registrado em regime de copropriedade, a penhora não pode avançar sobre a cota da parte que não é devedora no processo, cujo direito de propriedade deve ser assegurado. Estabelecida essa limitação à penhora, é permitida a alienação integral do imóvel, garantindo-se ao coproprietário não devedor as proteções previstas pelo dispositivo mencionado – como a preferência na arrematação do bem e a preservação total de seu patrimônio, caso convertido em dinheiro.

Esse entendimento foi encampado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.818.926 realizado em 2021. Segundo o acórdão, o CPC/2015 garante ao coproprietário o direito de preferência na arrematação, caso não queira perder sua propriedade mediante compensação financeira. Além disso, se não exercer essa prerrogativa, o coproprietário não devedor conserva o seu direito à liquidação de sua cota-parte no valor da avaliação do imóvel – e não mais conforme o preço obtido na alienação judicial, como ocorria no CPC/1973. O coproprietário, cônjuge ou não, deve ser oportunamente intimado da penhora e da alienação judicial, na forma dos artigos 799, 842 e 889 do CPC/2015. O ato de penhora importa individualização, apreensão e depósito dos bens do devedor; após efetivado, resulta em indisponibilidade sobre os bens afetados à execução – tratando-se, assim, de gravame imposto pela justiça com o objetivo de realizar, de forma coercitiva, o direito do credor.

Atualmente, por força do art. 843 do CPC/2015, é admitida a alienação integral do bem indivisível em qualquer hipótese de propriedade

em comum, resguardando-se, ao coproprietário ou cônjuge alheio à execução, o equivalente em dinheiro da sua quota-parte no bem. Não exercendo tal direito, preserva-se hígido, ainda, o seu patrimônio, mediante a liquidação da sua quota-parte com base no valor da avaliação do imóvel (§ 2º), não mais segundo o preço obtido na alienação judicial, como ocorria no regime anterior. Deveras, conforme precedente do STJ: “essa nova disposição legal amplia a proteção de coproprietários inalcançáveis pelo procedimento executivo, assegurando-lhes a manutenção integral de seu patrimônio, ainda que monetizado” (REsp 1.728.086/MS, 3ª Turma, DJe 03/09/2019).

Acerca da razão pela escolha pela alienação total do bem, conforme a doutrina de Fernando da Fonseca Gajardoni:

“bastante reduzida seria a procura pelo bem, caso o arrematante/adjudicante só pudesse adquirir o domínio de parcela do bem, mantendo, assim, o estado de indivisão da coisa e o condomínio com terceiro não executado (o cônjuge do devedor), no mais das vezes pessoa desconhecida. Aliás, seria uma dupla perda de tempo, obrigando o credor/arrematante/adjudicante a ajuizar ação de dissolução de condomínio, justamente para se chegar naquela mesma fase processual anterior, que é a da alienação do bem em sua totalidade. Óbvio que a solução anterior era totalmente inadequada, para todos os envolvidos, inclusive com discussões sobre o uso exclusivo do bem por um em detrimento do outro. Aliás, se uma das finalidades da penhora é a alienação do bem para que o seu equivalente monetário venha a satisfazer o crédito do exequente (art. 708, I, do CPC), não havia sentido para que se impusessem óbices à efetiva transformação dos bens do devedor em dinheiro, ainda que, com isso, o cônjuge, em certas condições e preservado o direito ao recebimento de parcela de produto, fosse atingido” (Penhora e expropriação de bem indivisível: pela evolução da jurisprudência do STJ em prol da interpretação potencializada do art. 655-b do CPC. In: O papel da jurisprudência no STJ. São Paulo: RT, 2014, p. 919-934).

Por sua vez, o STJ julgou o Recurso Especial nº 2.035.515 em 2023, refutando a tese de que seria possível aplicar ao caso de alienação fiduciária, por analogia, a regra prevista no artigo 843 do Código de Processo Civil e em seus parágrafos, os quais estabelecem a preferência para arrematação em favor do coproprietário ou do cônjuge do executado, na hipótese de penhora de bem indivisível. Para a corte, a situação descrita no CPC não se aplica ao processo em discussão, pois a garantia fiduciária não representa nenhuma forma de copropriedade. Segundo o acórdão, no leilão realizado, o que ocorreu foi a transferência do crédito garantido e representado pela cédula de crédito bancário, inexistindo similitude que atraia a incidência da regra que garante o direito de preferência.

No tocante à penhora de máquinas e equipamentos, o art. 833, V, do CPC/2015 sucedeu o art. 649 do CPC/1973. Tradicionalmente, a jurisprudência entendia que as máquinas eram absolutamente impenhoráveis, havendo um alargamento para além das pessoas físicas, a fim de proteger o maquinário de pequenas e microempresas.

Como exemplo, o aresto oriundo do TRF3, na Apelação Cível nº 0020516-36.2016.4.03.9999/SP, que manteve a anulação de penhora de máquinas de uma microempresa de confecções de Pompeia/SP, em execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, por considerá-las essenciais à atividade da indústria. Ao julgar o recurso, a Segunda Turma do TRF3 destacou que o artigo 649, inciso VI, do Código de Processo Civil, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão e a tendência jurisprudencial é no sentido de alargar o seu alcance para as microempresas, empresas de pequeno porte e firmas individuais, desde que os bens penhorados se afigurem indispensáveis ao regular exercício de suas atividades. Conforme o acórdão, o inciso V do art. 649 do CPC/1973 originariamente orientou-se no sentido de proteger a pessoa física, enquanto profissional. O microcomputador do advogado, a plaina do marceneiro e o automóvel do taxista constituem exemplos de bens impenhoráveis. Apesar disso, a jurisprudência já estendeu essa impenhorabilidade aos bens da microempresa e da empresa de pequeno porte.

No entanto, atualmente a jurisprudência passa por uma viragem, tendo os tribunais conferido maior agilidade à execução ao interpretar o art. 833, V, do CPC, com a exclusão do termo “absolutamente” do *caput*. Como exemplo, um recente aresto lavrado pelo TRT/MG, em Agravo de Petição no processo nº 0010226-25.2018.5.03.0002. Neste caso, a parte executada aduziu que a

máquina penhorada (plotter de impressão digital, marca Roland, modelo SC-500) era indispensável para o desempenho de suas atividades (comunicação visual). Segundo o acórdão, a jurisprudência anterior era no sentido de que a norma beneficiava exclusivamente as pessoas naturais que se valiam dos bens móveis neles indicados para garantir a própria subsistência. Em razão disso, firmou-se o entendimento de que os bens da empresa estavam sujeitos à penhora sem limitações. Isso porque as sociedades empresárias exercem atividades comerciais, e não profissionais. Entretanto, no julgamento do Resp 1.114.767/SP realizado em 2016, já sob o manto do novo CPC, o STJ consolidou entendimento no sentido de que a regra de impenhorabilidade pode ser estendida aos empresários individuais e às pequenas e microempresas nas quais os sócios exercem pessoalmente as atividades inerentes ao objeto social, e desde que o bem penhorado seja imprescindível ao exercício dessas atividades. Contudo, a agravante não demonstrou, conforme lhe competia à luz das regras de distribuição do ônus probatório, que os seus sócios desempenham pessoalmente as atividades relativas ao objeto social. Assim sendo, em que pese a agravante ser qualificada como empresa de pequeno porte, bem ainda ser possível inferir que o bem penhorado seja necessário para a execução do objeto social, não há como se descurar que os requisitos para a aplicação do entendimento consagrado pelo STJ acima referido não foram integralmente comprovados pela recorrente. É dizer, inexistindo comprovação do exercício pessoal de atividades da agravante por parte de seus sócios, incabível a incidência do art. 833, V, ao caso em espécie. Por conseguinte, conclui-se que os bens que integram o patrimônio da agravante não são abarcados pelo dispositivo legal que versa acerca da impenhorabilidade de instrumento necessário ao exercício da profissão, devendo o bem penhorado ser considerado, para fins de responsabilização patrimonial da executada, bem de capital, integrante do ativo empresarial.

De seu turno, no processo nº 0010060-28.2013.5.03.0144, julgado em 2022 pelo TRT/MG, houve a manutenção da penhora do veículo do sócio da empresa executada. Segundo o acórdão, para o reconhecimento da impenhorabilidade de bens com fundamento no art. 833, V, necessária a demonstração específica da utilidade do bem à atividade profissional do executado. Em outras palavras, se o devedor comprovar que o automóvel indicado à penhora ou já penhorado é utilizado como seu instrumento de trabalho, o juiz deverá determinar a desconstituição da penhora, a suspensão da alienação ou da adjudicação do bem. Segundo magistrado de Fernando Gajardoni:

“Em medida bastante simplificadora (prevista desde a Lei n.º 11.382/2006), tratando-se de imóveis e veículos – bens que constam em registros públicos – não há a necessidade de a penhora se efetivar por meio presencial, com a presença física e efetiva constrição do bem. O mesmo se verifica, por exemplo, em relação à penhora on-line de dinheiro (vide arts. 854 e ss.). Para esses dois bens mencionados no artigo, é possível que a penhora seja realizada por “termo nos autos”. Isso se aplica tanto a bens que estejam situados no local onde tramita o processo ou em qualquer outro local. Para isso, o exequente deverá apresentar a matrícula do imóvel ou certidão do departamento de trânsito quanto ao veículo, para que o escrivão, em cartório, elabore a penhora por simples termo nos autos. Após, o termo de penhora será enviado ao CRI ou Detran (sendo possível essa comunicação por meio eletrônico), para que sejam feitos os apontamentos devidos. Posteriormente à conclusão do termo de penhora, o exequente poderá pleitear a imissão na posse no imóvel penhorado ou, no caso de veículo, a busca e apreensão. Trata-se de medida que tem o condão de agilizar consideravelmente o tempo para a efetivação de penhora e que, infelizmente, ainda encontra resistência por parte de muitos cartórios judiciais. Contudo, nada impede que a penhora de imóveis e veículos seja realizada da forma usual, a saber, com a atuação presencial do oficial de justiça, e constrição e entrega do bem ao depositário. Porém, isso seguramente leva mais tempo, de modo que pode prejudicar a parte exequente, especialmente pensando na preferência que decorre da penhora”. (Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

Por sua vez, não se desconhece que a facilidade autorizada pela legislação pode, eventualmente, esbarrar no percalço relacionado a não localização, por período indefinido, do veículo já penhorado (NEVES, Daniel

Amorim Assumpção. Código de processo civil comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Juspodivm. p. 1464).

A esse respeito, no julgamento do Recurso Especial nº 2.016.739, realizado em 2023, o STJ entendeu que é possível a penhora de veículo não localizado. Segundo o acórdão, havendo provas da existência do veículo por meio de certidão acostada aos autos, é de ser reconhecida a possibilidade de sua penhora sem condicionante. A prova da existência do veículo pode ser feita por meio de certidão do órgão de trânsito ou mesmo pela juntada de cópia do CRLV do veículo, expedido em data recente. A fotografia do veículo também constitui evidência de sua existência. No entanto, nada obstante o entendimento externado pelo STJ, deve-se atentar para a advertência do Daniel Amorim Assumpção Neves. Isso porque, um veículo penhorado com muitos anos de fabricação não pode ser avaliado por tabelas de referência, como FIPE e Icarros, previstas no art. 871, IV, do CPC, necessitando de uma vistoria, indicada no art. 872 do CPC, ou mesmo uma inspeção, com uso de ultrassom e outros equipamentos. Isso é necessário para aferir possíveis imperfeições que impactam substancialmente no valor de mercado do bem, tais como parafusos diferentes sob o capô, que indicam histórico de batidas, caixa de câmbio, cabeçote do motor e desgaste dos amortecedores. Nesse sentido o precedente julgado pelo TRT2 em 2022, no processo nº 1001826-93.2016.5.02.0263, que se baseou no Ato GP/CR nº 02/2020, para veículos com mais dez anos de fabricação.

No tocante à substituição da penhora em dinheiro por outros bens, o TST julgou o ROT nº 80273-31.2020.5.22.0000 em 2023, no sentido de sua impossibilidade, ainda que em execução provisória. Segundo o acórdão, a penhora deve obedecer à ordem de preferência prevista no artigo 835 do CPC, segundo o qual o dinheiro tem preferência sobre automóveis, não se aplicando o art. 847 do CPC. Consta dos autos que a parte executada havia indicado para execução "um caminhão, composto de cavalo e carreta, correspondendo ao valor de mercado entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais)". Sobre a mencionada ofensa ao art. 805 do CPC, a interpretação mais coerente com a sistemática estabelecida pelo legislador é aquela que trata com relatividade o princípio da execução menos gravosa ao devedor, harmonizando-o com os princípios de que a execução deva ser realizada no interesse do credor, da celeridade e da economia processual. Logo, não se pode conferir ao art. 805 do CPC, que protege o patrimônio do devedor, o poder de afastar a obediência à ordem de preferência estabelecida pelo art. 835 do mesmo diploma processual. Com efeito, inviável a substituição de penhora pretendida, pois a decisão impetrada

apenas fez respeitar a ordem legal estabelecida pelo art. 835 do CPC, donde a penhora sobre dinheiro prefere à de automóveis. Sob a égide do CPC/1973, prevalecia no TST o entendimento de que, em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC (Súmula nº 417, III, do TST). Contudo, com a superveniência do CPC/2015, a gradação legal dos bens penhoráveis deve ser observada igualmente na execução provisória e na definitiva, de modo que a rejeição dos bens oferecidos à penhora não importa em ofensa a direito líquido e certo, tutelável pela via mandamental. Trata-se da inteligência da Súmula nº 417, I, do TST, já adequada ao CPC/2015.

Sobre o tema, o TRT/MG julgou recurso no processo nº 0010060-28.2013.5.03.0144 em 2022, delimitando o alcance do art. 833, V, do CPC. No caso, o sócio de uma gráfica executada na Justiça do Trabalho se insurgiu contra a penhora de um automóvel, sob alegação de que o bem seria utilizado no exercício de sua profissão. Várias foram as tentativas de satisfação da dívida, como citação para pagamento, BacenJud, Renajud, mandados de penhora e inclusão do nome da empresa no Serasa. Todas infrutíferas. Foi deferida, então, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, sendo a execução redirecionada em face do sócio. Mais uma vez, foram praticados atos executórios, sem êxito. Por fim, a penhora de um automóvel foi exitosa. No recurso, o tribunal considerou que a mera juntada de cópia da CNH era incapaz de provar a impenhorabilidade do bem, chegando à conclusão de que a penhora levada a efeito não seria prejudicial ao exercício profissional do sócio/executado. Após essa decisão, foi juntada aos autos uma petição de acordo entre as partes em março de 2023. O acordo foi homologado judicialmente, mas a penhora sobre o veículo foi mantida, até o cumprimento integral e a quitação das custas, no importe de R\$ 1.154,70.

Já sobre o bloqueio de numerário, em dados de 2018, a ferramenta BacenJud havia bloqueado mais de R\$ 40 bilhões, segundo o Banco Central, sendo que 58% das ordens de bloqueio advieram da Justiça do Trabalho. De lá para cá, as empresas devedoras criaram artifícios para esquivar-se do bloqueio. Em muitos casos, a empresa tenta modificar a penhora, oferecendo outros bens, com a sua individualização, conforme determina o art. 847, §2º, do CPC. Isso decorre do fato de os valores bloqueados não poderem ser usados pelas empresas durante o curso da execução, forçando-as a recorrer a instituições financeiras para ter acesso a capital de giro. De igual modo, a execução de veículos é mais efetiva quando o bem é removido a depósito

público, como o pátio do DETRAN, ou é entregue ao exequente sob o encargo de fiel depositário, sem aplicação do art. 840, §2º, do CPC. Nesses casos, o executado fica privado do bem durante o curso da execução, o que o força a pagar a dívida ou firmar um acordo com o exequente.

No tocante à penhora de salários, pensões e aposentadorias, o CPC/2015 traz um limite de valor a partir de 50 salários mínimos como exceção. Já para poupanças e outras aplicações financeiras o limite para penhora é ligeiramente inferior, de 40 salários mínimos. Qualquer que seja a natureza da obrigação, admite-se a penhora do que exceder esses limites. Outra exceção diz respeito às obrigações de natureza alimentar. Em suma: em se tratando de prestação alimentícia de qualquer origem, podem-se penhorar as importâncias de salário e aposentadorias e a quantia depositada em caderneta de poupança, qualquer que seja o montante. Em se tratando de outras prestações, pode-se penhorar apenas o que sobejar aos limites indicados. Em ambas as situações, deve ser preservado percentual capaz de assegurar a dignidade do devedor e de sua família. Além disso, a impenhorabilidade de bens é relativizada pelo art. 834, segundo o qual podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, como juros.

A despeito da previsão do CPC/2015, o órgão especial do STJ julgou o EREsp. Nº 1.874.222 em 2023, entendendo por relativizar a impenhorabilidade do salário para pagamento de dívida não alimentar. A corte confirmou a penhora de 30% do salário do executado – em torno de R\$ 8.500. A dívida objeto da execução tem origem em cheques que somam R\$ 110 mil.

O julgamento do órgão especial se deu no âmbito de embargos de divergência. E a divergência entre os órgãos fracionários da corte residia em definir se a impenhorabilidade, na hipótese de dívida de natureza não alimentar, estaria condicionada apenas à garantia do mínimo necessário para a subsistência digna do devedor e de sua família ou se, além disso, deveria ser observado o limite mínimo de 50 salários mínimos recebidos pelo devedor. A corte considerou a supressão da palavra "absolutamente" no *caput* do artigo 833, ponderando os princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor. Segundo o acórdão, a fixação do limite de 50 salários mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família. No âmbito da Justiça do Trabalho, a penhora sobre salários inferiores a 50 salários mínimos já era extensamente praticada, nada obstante ainda

remanesça na doutrina o debate se as verbas trabalhistas se enquadram na exceção trazida pelo CPC/2015, ou se limita a verbas de natureza alimentar em sentido estrito, como pensões alimentícias. O entendimento externado pelo STJ reforça o primeiro argumento. Além disso, possibilita a extensão da penhora na Justiça do Trabalho para verbas de natureza não salarial, como multas sindicais, cuja execução costuma ser tortuosa, além de autuações da SRTE, débitos previdenciários e verbas indenizatórias, decorrentes de condenação por danos morais em acidentes de trabalho ou assédio.

No tocante a verbas de natureza indenizatória no âmbito trabalhista, André Araújo Molina vaticina em substancioso artigo na Revista do TRT/MG nº 104 de 2021 (págs. 72 e 86):

“Também para que haja dever de indenizar do empregador deverá haver dano, que pode ser conceituado como a lesão do conjunto de direitos e bens de que é titular uma pessoa, ofendendo interesses juridicamente protegidos. O ataque repercute sobre a vítima podendo atingir os seus interesses patrimoniais e/ou extrapatrimoniais. Na experiência nacional, as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais, inicialmente, como os danos morais. Essa experiência foi recolhida pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, V e X, e, mais recentemente, no art. 186 do Código Civil, onde o legislador utiliza as expressões danos materiais e danos morais como representativos dos dois grandes gêneros dos danos. Especificamente no artigo 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecer os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial (Súmula n. 387 do STJ), bem como o art. 223-B, introduzido na CLT pela Lei n. 13.467/2017, positivou os danos existenciais. As respostas tendentes à generalização, do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os assaltos seriam sempre tidos como um problema de segurança pública, rompendo com a obrigação de indenizar, ou do Tribunal Superior do Trabalho ao imputar, quase sempre, ao empregador a

responsabilidade civil, sem avançar sobre os dados fáticos e estatísticos da situação concreta dos assaltos naquelas atividades e circunstâncias, não são soluções seguras e cientificamente adequadas.”

Acerca da penhora do bem de família, o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 1.307.334, com repercussão geral, em 2022, por maioria de 7x4. Segundo a corrente minoritária, o bem de família do fiador de contrato de locação não residencial é impenhorável, uma vez que o direito constitucional à moradia deve prevalecer sobre os princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual. Por outro lado, para a corrente vencedora, a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991) não fez distinção entre fiadores de locações residenciais e comerciais em relação à possibilidade da penhora do bem de família, não cabendo ao julgador criar distinção onde a lei não distinguiu. De outra forma, haveria violação do princípio da isonomia, pois o fiador de locação comercial manteria incólume seu bem de família, enquanto o de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado. Segundo o acórdão, o direito à moradia, inserido na Constituição Federal entre os direitos sociais, não é absoluto. Ele deve ser sopesado com a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, direito fundamental também previsto na Constituição Federal (artigos 1º, inciso IV e 170, caput), e com a autonomia de vontade do fiador, que, de forma livre e espontânea, garantiu o contrato. Afinal, entre as modalidades de garantia que podem ser exigidas, como caução e seguro-fiança, a fiança é a mais usual, menos onerosa e mais aceita pelos locadores. Preponderou para o entendimento da corte as consequências e os aspectos práticos no mercado locatício.

A esse respeito, o TST julgou o Recurso de Revista nº 1265-18.2014.5.09.0019 em 2022, entendendo cabível a penhora de vagas de garagem. Estas só se qualificam como bem de família se estiverem matriculadas no registro imobiliário. Segundo o acórdão, não havia dúvidas de que as vagas não tinham matrícula própria e estavam vinculadas aos respectivos imóveis de propriedade das executadas. Assim, de acordo com a Súmula 449 do STJ, nessa circunstância, a vaga não constitui bem de família para efeito de penhora, e a jurisprudência do TST tem se firmado no mesmo sentido. No caso concreto, foram penhoradas quatro vagas de garagem vinculadas ao apartamento de uma das sócias, avaliadas em R\$ 300 mil, e outras quatro vagas, mais um depósito, pertencentes ao imóvel da outra sócia, avaliados em R\$ 310 mil.

Ainda sobre o tema, o TST julgou o Recurso de Revista nº 130300-69.2007.5.04.0551 em 2018, entendendo incabível a constrição de bem de família, ainda que o executado nele não resida. Segundo o acórdão, verifica-se que a sentença de origem, proferida em sede de embargos à penhora, reconheceu que no caso não há controvérsia quanto ao fato do imóvel constrito ser o único bem de propriedade do embargante. E que não descaracteriza a impenhorabilidade do bem de família, mesmo que não seja o local de residência, condizente com a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. O fato de o executado não residir unicamente no imóvel penhorado não descaracteriza a exceção mencionada, sobretudo porque segue destinado à residência da unidade familiar, mesmo que na maior parte do tempo seja utilizado unicamente por sua filha. Ademais, encontra-se expressamente consignado no acórdão regional, no voto vencido de lavra do Exmo. Relator Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, que “no caso específico do presente processo, restou configurada a impenhorabilidade do bem de família com relação ao imóvel de matrícula 72.530, registrado no 1º Cartório de Registros de Imóveis de São Paulo/SP. A prova trazida aos autos deixa evidente que o executado arca com os custos da residência utilizada pela filha, a qual reside no local correspondente ao imóvel constrito na cidade de São Paulo, ainda que alugue imóvel na cidade de Chapecó/SC, conforme constou no auto de penhora. Nesse contexto, as premissas retratadas nos autos do processo (único imóvel de propriedade dos recorrentes), e na decisão recorrida (responsabilidade pelo pagamento de contas de telefone, gás, condomínio, luz, internet, em nome do executado), somadas ao fato, comprovado mediante a certidão do oficial de justiça, de que o imóvel é utilizado como residência pela filha dos recorrentes, são suficientes a demonstrar que o imóvel penhorado é utilizado pela unidade familiar para moradia, tratando-se, portanto, de um bem de família, impenhorável nos termos da lei”.

De outro turno, o TST julgou o Recurso de Revista nº 1850700-90.2005.5.09.0029 em 2018, entendendo por desconstituir a penhora sobre imóvel de alto valor, considerando-o um bem de família. O TRT9 manteve a penhora sobre o imóvel de matrícula nº 27.836 da 5ª CRI de Curitiba e a averbação na matrícula da reserva de R\$1.000.000,00 do produto da arrematação para a aquisição de outro imóvel pelos executados, a fim de garantir-lhes o direito à moradia. O imóvel situava-se em Curitiba, tendo área total de 5.470 metros quadrados. A residência, com 1.226 metros quadrados, tinha churrasqueira e quadra esportiva. O TST aplicou ao caso o art. 5º, caput, da Lei nº 8.009/90, o qual estabelece que “para os efeitos de

impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”. Decorre do texto da lei, para caracterização do bem de família, e consequente impenhorabilidade, a exigência de que o bem indicado à penhora seja o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. A exigência contida no art. 5º, parágrafo único, da citada lei, de inscrição do imóvel no Registro de Imóveis, constitui exceção na hipótese de o casal possuir vários imóveis utilizados como residência. Segundo o acórdão, demonstrado que o imóvel penhorado constitui-se como bem de família, nos moldes da Lei nº 8.009/90, o simples fato de ser considerado suntuoso e de elevado valor não é capaz de afastar a proteção legal da impenhorabilidade, à luz das garantias constitucionais. No caso concreto, a residência se constituía a única dos donos, e nela residiam também um filho, dois netos e quatro bisnetos.

Por outro lado, o TRT15 julgou recurso no processo nº 0001656-62.2012.5.15.0055 em 2019, desconstituindo penhora sobre bem de família. No caso, foi firmado um acordo entre as partes na ação trabalhista, estabelecendo-se o pagamento de 15 parcelas mensais de R\$ 1.100 ao exequente. Por se tratar de empresa individual, foi determinada a inclusão da proprietária no polo passivo, renovando-se a requisição de penhora de valores e outras diligências para satisfação do crédito. Em seguida, procedeu-se à penhora de três lotes de terrenos urbanos, todos registrados no Cartório de Registro de Imóveis. No auto de penhora e avaliação, constou informações do Setor de Cadastro da Prefeitura de Barra Bonita de que nos terrenos havia uma área construída de 589,76 metros quadrados, além de imagens fotográficas que ilustram a construção de uma residência de entidade familiar e o respectivo quintal. As contas de água, telefone e faturas de cartão de crédito em nome da proprietária da empresa e de seu marido foram juntadas aos autos, bem como o croqui demonstrando a unificação de três imóveis de propriedade da empresária e de seu marido. Segundo o acórdão, a certidão do imóvel data de 29 de agosto de 2012, antes do ajuizamento da ação, ocorrido em 21 de novembro de 2012, o que desconfigura a má-fé da executada, à luz do disposto no art. 5º da Lei nº 8.009/1990, que assegura a impenhorabilidade de um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. A Lei 8.009/1990 também não exige a formalização no registro de imóveis da condição de bem de família para a incidência da proteção legal de impenhorabilidade. Por fim, não restou comprovada a possibilidade de desmembramento do terreno sem prejuízo da edificação.

Outro tema bastante debatido diz respeito à responsabilidade pelos impostos, taxas e multas incidentes sobre bens leiloados, em especial sobre imóveis e veículos, sejam eles terrestres, aquáticos ou aéreos. A esse respeito, o STF afetou o Recurso Extraordinário nº 1.355.870 em 2022, para definição de tese com repercussão geral. No caso paradigma, o Estado de Minas Gerais ajuizou execução fiscal contra o Banco Pan S.A., credor fiduciário, e o devedor fiduciante, solidariamente, por débitos relativos ao IPVA. A decisão de primeira instância decretou a extinção do processo em relação ao banco, por considerá-lo parte ilegítima para figurar como corresponsável pelo pagamento do tributo. Mas, ao julgar apelação, TJMG reformou a sentença sob o fundamento de que, por força de regras da Lei Estadual nº 14.937/2003, a instituição financeira credora fiduciária ou arrendadora é responsável pelo pagamento do imposto por ser proprietária dos veículos dados em garantia de financiamento.

No recurso ao STF, o banco argumentou que a lei estadual violou o conceito de propriedade e extrapola a própria hipótese de incidência do tributo, previsto no artigo 155, inciso III, da Constituição Federal. Alegou também que, de acordo com o Código Civil, o credor fiduciário passa a ser responsável pelo pagamento de tributos apenas a partir da transmissão de propriedade plena e consequente imissão na posse. No recurso afetado, o STF analisará se a Lei estadual nº 14.937/2003 obedeceu aos limites constitucionais de competência legislativa tributária, especialmente quanto à correta atribuição do fato gerador e do responsável tributário do imposto sobre a propriedade de veículo automotor. Na decisão de afetação, o ministro Luiz Fux ressaltou a relevância social e econômica da matéria em razão do modelo de alienação fiduciária, uma das principais formas de aquisição de veículos no Brasil. Segundo ele, "a temática em análise revela potencial impacto em outros casos, tendo em vista a multiplicidade de recursos sobre essa específica questão jurídica". Apesar de a discussão girar em torno da alienação fiduciária, a tese trará implicações imediatas na seara trabalhista.

O art. 130 do CTN dispõe que no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. No tocante a imóveis, sua aplicação é segura. Assim, se a casa foi arrematada em um leilão judicial, o IPTU já está incluso no preço. Ou seja, o juízo responsável pelo leilão deve direcionar parte do valor recebido para a quitação do tributo. Se os débitos fiscais forem maiores que o preço de arrematação, todo o valor será destinado para o pagamento da dívida, e o débito fiscal será tido por quitado quanto ao bem. Isso ocorre porque a aquisição de um bem por meio de leilão judicial tem natureza originária, excluindo qualquer vinculação com o proprietário

anterior, uma vez que inexistente relação jurídica entre este e o arrematante. O art. 130 do CTN fala apenas em bens imóveis, não dizendo nada sobre os móveis. Mesmo que o CTN tenha sido omissivo quanto aos veículos, no STJ há farta jurisprudência no sentido de que o mesmo raciocínio aplica-se aos bens móveis. Isto é, os débitos sub-rogam-se no respectivo preço de arrematação. Aqui inclui-se, também, as multas de trânsito e seguros obrigatórios, que devem ser zerados. Em resumo, o veículo deve ser entregue apto à transferência e utilização. No entanto, quando o edital prevê a responsabilidade do arrematante pelo pagamento, não há consenso na aplicação do dispositivo do CTN.

No âmbito trabalhista, prevalecia a interpretação literal do dispositivo. A título ilustrativo, julgando um Agravo de Petição no processo nº 01737-2005-009-03-00-3 em 2007, o TRT/MG negou provimento à pretensão recursal de um arrematante que buscava a transferência do veículo arrematado para o seu nome, independente do pagamento de qualquer ônus pendente sobre o bem. Na ocasião, o tribunal entendeu que na alienação judicial de automóvel, os ônus que pesam sobre o bem passam à responsabilidade do arrematante. Segundo o acórdão, tal obrigação assume maior relevo no caso dos autos, em que consta da Certidão de Praça/Leilão observação de que as despesas e multas do bem arrematado correrão por conta do arrematante. A decisão ressaltou que o arrematante tem pleno acesso do site do DETRAN, onde constam os débitos pendentes sobre o automóvel, e que o fato de não ter constado do edital de praça a existência de multas e outros débitos é irrelevante, já que o agravante assinou a Certidão de Praça, que continha a observação da obrigatoriedade do arrematante arcar com os ônus sobre o veículo. Assim, o agravante terá que pagar o IPVA, seguro, taxas de licenciamento e multas que incidem sobre o automóvel para que possa fazer a transferência do bem para o seu nome.

No entanto, atualmente essa interpretação jurisprudencial tem passado por uma viragem. A título ilustrativo, o TST julgou o RO nº 6626-42.2013.5.15.0000 em 2015. Neste caso, a Fazenda Pública paulista sustentava, em mandado de segurança impetrado no TRT15 a ilegalidade da decisão judicial com o argumento de que também era credora, e não poderia ser prejudicada pelo não recolhimento do tributo. Alegou ainda que o artigo 130 do CTN, segundo o qual, no caso de arrematação judicial, a sub-rogação (substituição do credor) ocorre sobre o preço, não trata de bem móvel, mas sim imóvel. Para a PGE-SP, o fato de o veículo ter sido arrematado não seria causa da exclusão do crédito tributário decorrente do IPVA, e a baixa na documentação não impediria a cobrança do imposto pelo fisco. O TST

considerou correta a decisão do TRT15 que denegou o mandado de segurança. Segundo o acórdão, o comprador, ao arrematar um veículo em leilão judicial, não pode ser responsabilizado por débitos fiscais em atraso, pois o crédito da Fazenda Pública deve ser satisfeito com o valor da oferta de preço no leilão. Interpretando o artigo 130 do CTN, o TST entendeu que as regras relativas à alienação judicial de bem imóvel se aplicam, por analogia, aos bens móveis.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento externado pelo TRT-DF/TO no julgamento de recurso no processo nº 0000837-87.2015.5.10.0111 realizado em 2019, segundo o qual o artigo 130 do CTN, que prevê que os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, poderia ser aplicado a situações que envolvam veículo automotor. No caso dos autos, houve a arrematação de uma Toyota Hilux SW4, ano/modelo 2008/2008, avaliada em 76.900,00. Referido veículo ainda garantia outras execuções que tramitavam no mesmo juízo (a decisão elencou ao menos seis processos), cuja soma ultrapassa o valor da avaliação. Após o parecer do MPT, o TRT10 destacou ainda que o art. 186 do CTN e a LRF reforçam que o crédito trabalhista tem preferência ao fiscal.

Quanto aos débitos tributários lançados após a arrematação e antes da expedição da respectiva carta, a 2ª turma do STJ julgou o AgInt no REsp nº 1.921.489-RJ em 2023, decidindo a favor do fisco. Interpretando o art. 130 do CTN, o STJ entendeu que não há afastamento da responsabilidade do arrematante quanto aos débitos de IPTU posteriores à arrematação, ainda que postergada a respectiva imissão na posse. Logo, ainda que haja demora na expedição de carta de arrematação para averbação no Registro Geral de Imóvel – RGI, quando ocorrer a sua formalização ela será considerada perfeita e os débitos fiscais deverão ser suportados pelo próprio arrematante. Em termos práticos, a decisão abre precedentes para que em casos semelhantes seja atribuída a mesma interpretação, de modo que o adquirente passe a responder pelo débito após a aquisição.

Há precedentes do STJ entendendo que, quando há previsão no edital de hasta pública, a responsabilidade pelo adimplemento dos débitos tributários que recaiam sobre o bem imóvel é do arrematante. No entanto, diante da divergência, o STJ afetou em 2022 o Recurso Especial nº 1.914.902 para definir se o arrematante de imóvel em leilão público é responsável pelos débitos tributários anteriores, em consequência de previsão no edital. No referido recurso discute-se a preclusão do direito de o Município de São Paulo exigir da arrematante créditos tributários de IPTU anteriores à arrematação, em razão da inércia daquele Município em apresentar eventuais valores

devidos e requerer o levantamento a partir do produto da arrematação, apesar de devidamente intimado o ente público, no processo executivo em que se dera a arrematação. Segundo constou na decisão de afetação, no acórdão dos EDcl na ProAfR no REsp nº 1.914.902, tais questões de mérito, tidas como questões prejudiciais pela embargante, serão analisadas, oportunamente, por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Especial afetado, sem prejuízo da tese a ser firmada. Após juntada do parecer do MPF, o recurso encontra-se atualmente concluso à relatora para julgamento. A exemplo do entendimento que emanará do STF, aqui também haverá implicações na execução trabalhista.

Também é aguardado o desfecho do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.387.795 pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida. Em 2023, o STF suspendeu todos os processos que tratam da inclusão de empresas do mesmo grupo econômico no polo passivo da execução trabalhista. Segundo a decisão monocrática de suspensão, esse cenário jurídico, em inúmeros casos de execução trabalhista, tem implicado constrição do patrimônio (não raras vezes de maneira vultosa) de empresa alheia ao processo de conhecimento, sem a oportunidade de se manifestar previamente, tendo essa chance apenas nos embargos à execução, após a garantia do juízo, o que pode afrontar o art. 513, §5ª, do CPC. O tema reacende antiga discussão na seara trabalhista, acerca da aplicação de dispositivos do processo civil e do direito empresarial, envolvendo questões como sócios e interesses econômicos comuns, ausência de subordinação ou controle, empresas coligadas ou coordenadas e responsabilidade solidária.

A penhora internacional também começa a ganhar corpo. Como exemplo, cite-se a penhora de ativos financeiros localizados nos Estados Unidos determinada pelo TJPR, por meio de cooperação jurídica internacional, para cobrança de uma dívida de R\$ 100 milhões no Brasil. O tribunal determinou a penhora de quatro imóveis do executado localizados em Manhattan, em Nova Iorque.

Em 2023, o TRT/SC decidiu em recurso no processo nº 0001197-95.2015.5.12.0004 pela possibilidade de utilização do sistema Sniper na execução trabalhista. Segundo o acórdão, o objetivo do sistema é identificar possíveis vínculos patrimoniais, societários e financeiros entre pessoas físicas e jurídicas para a satisfação do montante executório, não havendo qualquer exigência para a utilização do convênio.

O Sniper foi inicialmente arquitetado para a investigação patrimonial vinculada à lavagem de dinheiro. No entanto, seu uso tem sido estendido

paulatinamente para execuções patrimoniais. Trata-se de uma ferramenta digital que se soma a dezenas de outras ferramentas de pesquisa patrimonial, mas com maior potencial de êxito, por contornar alguns métodos de blindagem patrimonial corriqueiramente utilizados pelos devedores. O sistema foi desenvolvido no âmbito do programa Justiça 4.0 do CNJ, com apoio operacional das Nações Unidas (Pnud), CJP, CSJT, TSE e STJ, visando diminuir o acervo de execuções pendentes, de cerca de 40 milhões de processos. O sistema integra dados da Receita Federal, TSE, CGU, Tribunal Marítimo, CNJ, Infojud e Sisbajud, já estando integrado à Plataforma Digital do Poder Judiciário.

Esse laboratório judicial também trabalha na elaboração de sistemas de leilões, além do bloqueio de criptoativos, com acesso ao blockchain, e de *financial technology* (fintechs). Soma-se ao Superbid market-place, que facilita o leilão de bens penhorados e apreendidos. No entanto, para sobrepular as modernas blindagens patrimoniais, é necessário fazer uso de recursos tecnológicos cada vez mais avançados, que impactam no direito constitucional ao sigilo. Acerca do assunto, apontamos em artigo sobre tema correlato:

“A criptografia quântica ameaça a criptografia pública – ou algoritmos assimétricos – usados para assinaturas digitais e troca de chaves. Já existem algoritmos quânticos, como o famoso algoritmo Shor, que pode quebrar os algoritmos RSA e Elliptic Curve, assim que um computador quântico estiver disponível. As grandes empresas de tecnologia anunciaram computadores com supremacia quântica para os próximos anos. O Eagle de 127 qubits ainda não representa uma revolução na área. A vantagem comercial quântica, o ponto em que um computador quântico pode resolver problemas genuinamente úteis significativamente mais rápido do que os computadores clássicos, é esperado para essa década. (<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58134/o-sigilo-absoluto-nas-mídias-digitais>)”.

Outro tema de interesse diz respeito à possibilidade de penhora de animais domésticos. Afinal, algumas raças de cães e gatos podem chegar a valer até R\$10 mil no mercado de pets, o suficiente para cobrir grande parte

das execuções trabalhistas. Como regra, o art. 835, VII, do CPC dispõe ser possível a penhora de semoventes. Além disso, o art. 82 do Código Civil classifica os animais como bens móveis. Tradicionalmente, a doutrina trata os animais como coisas, assim como as máquinas, mas com a proibição de maus-tratos, conforme o art. 225 da CF, art. 2^a, §3^o, do Decreto nº 24.645/34, Lei nº 5.197/67 (Código de Caça) e art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, alterado pela Lei 14.064/2020. Nessa lógica, a penhora poderia recair nos animais domésticos, desde que o devedor possua mais de um, a exemplo do ocorre com a penhora de televisores.

No entanto, há uma corrente doutrinária que sustenta que os animais passaram a ser sujeitos de direitos, e não apenas objetos de direitos. No âmbito jurisprudencial, o STJ enfrentou o tema no julgamento do REsp. nº 1.944.228. Segundo o entendimento do ministro Ricardo Villas Boas Cueva, o tratamento jurídico a ser conferido aos animais evoluiu, notadamente para os animais de estimação, não podendo mais serem considerados como simples coisas. No entanto, prevaleceu no julgamento o tratamento do caso à luz do direito de propriedade.

De seu turno, o TJSP declarou em 2022 a inconstitucional a Lei Municipal nº 6.278/2022, de Catanduva, que dava desconto de IPTU para moradores que adotarem cães e gatos, na ADI 2154891-76.2022.8.26.0000. No entanto, o cerne do debate centrou-se na afronta ao art. 113 do ADCT da CF/88, que exige estimativa de impacto orçamentário e financeiro de medidas de renúncia fiscal. No Congresso Nacional tramitam projetos de criação da figura da família multiespécie, composta de cães e gatos, além do PL 53/2019, que busca proibir a penhora de animais domésticos.

Afora as medidas patrimoniais examinadas acima, a jurisprudência tem se debruçado sobre as medidas atípicas, como o bloqueio de cartões de crédito e a retenção de passaporte e CNH, inclusive a digital. A esse respeito, o STF recentemente autorizou o uso de tais medidas no julgamento da ADI 5.941. A ação foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, alegando abstratamente que as medidas restringem direitos constitucionais. No entanto, o tribunal entendeu que as medidas são constitucionais, desde que concretamente respeitem os arts. 1^o, 8^o e 805 do CPC e os direitos fundamentais da pessoa humana. O ministro Edson Fachin foi o único vencido, mas ainda assim entendeu pela aplicação das medidas atípicas em dívidas alimentares.

A doutrina indica que essas medidas não podem estar dissociadas do perfil essencialmente patrimonial da execução, disposto no art. 789 do CPC. Desta forma, se o devedor tem uma promessa de emprego no exterior, o

passaporte lhe será fundamental. De igual modo, se o devedor atua como motorista de aplicativo, a liberação da CNH será imprescindível. Nos dois casos, deve haver o comprometimento do devedor com a dívida, sob pena de nova retenção de seus documentos.

A título ilustrativo, em 2023, a 13ª Vara Cível de São Paulo determinou o bloqueio de CNH, passaporte e cartões de crédito do devedor. O juízo fundamentou a decisão nos entendimentos recentes do STF e STJ sobre o tema, entendendo que se o devedor tem condições de viajar ao exterior a lazer, deve antes quitar total ou parcialmente o débito, a indicar lealdade processual. Nesta questão também impacta a publicidade da vida privada nas mídias digitais.

Por sua vez, a SDI-2 do TST limitou a apreensão de CNH e o bloqueio de cartões de crédito no julgamento do Recurso Ordinário no processo nº 1087-82.2021.5.09.0000, realizado em 2023. Segundo o acórdão, a utilização das referidas medidas pelo magistrado deve assumir caráter excepcional ou subsidiário, apenas sendo lícita quando as vias típicas não viabilizarem a satisfação da coisa julgada. No caso concreto, a ordem de bloqueio dos cartões de crédito foi emanada na mesma decisão em que instaurada a fase de cumprimento de sentença, sem nem sequer antes se tentar as medidas executivas tradicionais. Portanto, não observada, pela autoridade judicial, a indispensável adequação e a proporcionalidade na adoção da medida executiva atípica, que não deve ser empregada como mera punição dos devedores, desafia direito líquido e certo do impetrante a determinação de bloqueio de uso de cartões de crédito, ensejando a concessão integral da segurança.

As medidas atípicas se aproximam da doutrina estrangeira do *contempt of court*. Historicamente, no período anterior à Lei das XII Tábuas (450 a.C.), o inadimplemento era uma espécie de delito, autorizando o credor a fazer justiça pelas próprias mãos. No direito romano antigo, aplicava-se a pena *Secare Partis*, quando o devedor era espartilhado e suas partes eram divididas entre os credores. Houve grande progresso nesse tema, e atualmente a prisão por dívidas é rechaçada por tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. No entanto, a servidão por dívidas ainda é praticada em algumas nações periféricas.

Nada obstante, há exemplos de dívidas que resultam em prisão em países desenvolvidos, tanto na tradição do *commom law* quanto do *civil law*. Em geral, a prisão por dívidas é rechaçada em termos genéricos, mas na

prática, condutas fraudulentas do devedor podem levá-lo à cadeia. Nos EUA, há casos de prisão pelo não pagamento de dívidas, como nos casos de pensão alimentícia, impostos federais e desrespeito à ordem judicial, com aplicação da doutrina do *contempt of court*. Neste último caso se encaixam fatos recentes reportados na imprensa internacional de prisão por dívidas hospitalares e empréstimos estudantis.

Como garantia contra abusos, a Lei de Práticas Justas de Cobrança de Dívidas (FDCPA) entrou em vigor nos EUA em 30/11/2021, e prevê que o cobrador não poderá ameaçar o devedor de prisão, sob pena de assédio. Por sua vez, a lei trabalhista da Pensilvânia (WPCL) prevê na seção 11.1.(b) a prisão por até 90 dias do empregador que violar as disposições da lei sem uma justificativa de boa-fé. De seu turno, o Código do Distrito de Colúmbia prevê a penhora e o arresto no capítulo 5 (*attachment and garnishment*). No §16-513, o mesmo código dispõe que é ilegal o pagamento antecipado do salário para evitar a penhora sobre os rendimentos do devedor dentro de um período de seis meses, havendo presunção relativa de fraude. Essa disposição tenta evitar condutas fraudulentas, onde o empregador do devedor antecipa seu salário para evitar a incidência da penhora.

Os mandados de penhora são cumpridos pelos *U.S. Marshals*, que acumulam funções equivalentes a delegados de polícia e oficiais de justiça no âmbito federal, em funcionamento desde 1969.

Por sua vez, na Alemanha também é prevista a prisão por dívidas em alguns casos. Mesmo em situações onde a prisão não é diretamente aceita, condutas fraudulentas do devedor podem na prática resultar em sua detenção. A lei alemã entrou em vigor em 2013, obrigando o devedor a cooperar com a execução. Deve ele preencher um formulário de forma fidedigna com a indicação de seus bens e sua situação financeira, para a elaboração de um plano de solvência de suas dívidas, procedimento também adotado em outros países europeus, como a Noruega. Caso seja constatada fraude nesse procedimento, a lei permite a prisão do devedor.

5-Negócios Jurídicos Atípicos nos Atos Expropriatórios

Também importa analisar a possibilidade de negócios atípicos nos atos expropriatórios, a fim de garantir o objetivo maior de viabilizar o pagamento do credor trabalhista, contornando formalidades legais.

Quanto à sua natureza jurídica, pode-se de antemão afastar todo e qualquer entendimento de que a penhora seria um direito real de garantia. Também deve ser afastado o entendimento de que a penhora possuiria natureza cautelar. É certo que, por meio da penhora, ocorre a individualização e a indisponibilidade do bem do executado. Isto não torna a penhora uma cautelar, pois tal ato é o primeiro ato executivo. Não possui a referibilidade ou acessoriedade, típicos das cautelares. O simples fato de o bem penhorado ficar sob a proteção do Judiciário, o qual deverá, por meio do depositário, conservar o bem até que ele seja expropriado, não torna a penhora uma cautelar. (Michele Taruffo; Corrado Ferri; Luigi Paolo Comoglio. *Lezioni sul processo civile*, 1998, p. 349).

O art. 1.196 do CC encampou a teoria objetiva da posse, elaborada por Rudolf von Ihering. Por ela, a posse se caracteriza tão somente pelo *corpus*, conceito que inclui a *affectio tenendi*, consistente no *animus* de agir como se fosse o proprietário. Desta forma, não é necessária a vontade de ter a coisa para si (*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*), estabelecida na teoria subjetiva de Savigny, para caracterizar a posse, bastando a vontade de agir como se fosse proprietário. Por sua vez, o art. 1.197 do CC prevê a mediatização da posse, consistente em seu desdobramento em posse direta e indireta, ou posse imediata e mediata. Já o art. 1.198 do CC dispõe sobre os atos de mera detenção, ou fâmulos da posse. A doutrina entende por posse própria quando é exercida com *animus domini*, ou vontade de ter a coisa como sua. E posse imprópria a que não possui esse *animus*. Nessa toada, para a teoria objetiva, determinados atos caracterizam a posse, enquanto para a teoria subjetiva, os mesmos atos consistiriam em mera tença. Como exemplo, no contrato de locação, o locatário é possessor, exercendo a posse direta, à luz da teoria objetiva. Para a teoria subjetiva, o locatário é mero detentor do bem.

Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, Tomo 10, leciona que: “no fato jurídico *stricto sensu* da detenção ou tença, a irradiação de eficácia é quantitativamente e qualitativamente inferior à irradiação de eficácia do fato jurídico *strito sensu* da posse”. A tença ou detenção é uma posse degradada, juridicamente desqualificada. Nessas situações, o legislador entendeu que o poder fático sobre a coisa não alcança repercussão jurídica. O art. 1.208 do CC dispõe que os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse. Assim, a tença não constitui posse por lhe faltar o *animus tenendi*.

O Código Civil estabelece no art. 1.228 os poderes inerentes ao direito real de propriedade. O exercício de algum desses poderes caracteriza a posse, conforme art. 1.196. O domínio importa o *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius*

disponendi, além do direito de reaver a coisa e o direito de sequela. De outro giro, o art. 1.267 determina que a tradição da coisa é elemento essencial para a transferência da propriedade móvel.

A penhora impõe limites ao uso e gozo da coisa penhorada. Esse efeito decorre da tutela ao mecanismo expropriatório. Enquanto a subtração, a supressão, a destruição, a dispersão e a deterioração da coisa penhorada constituem ilícito penal (art. 179 do CP), não houvesse a constrição, e em princípio, ao proprietário afigurar-se-ia lícito destruir o que é seu. Em consequência, feita a penhora, fica interditada a remoção e o transporte da coisa penhorada pelo executado e seus prepostos, salvo autorizando o juiz que o bem continue afetado à sua atividade econômica, como acontece com navios e aeronaves (art. 864).

A penhora é ato destinado, cedo ou tarde, a convolar-se num dos meios executórios previstos no art. 925, I a III, ou a desaparecer no caso de êxito da oposição do executado tendente a repelir a execução injusta ou a ilegalidade da constrição (art. 917, II, 1ª parte). A penhora não recai sobre toda e qualquer coisa, mas apenas nas coisas qualificadas como bens, conforme art. 789 do CPC. Desta forma, apenas quando o executado for efetivamente desapossado do bem é que restará caracterizada a transferência da propriedade móvel pela tradição. Já no tocante aos bens imóveis, o art. 1.245 do CC exige registro do título translativo no Registro de Imóveis, com expedição de ordem de imissão na posse, se for o caso, para a consecução da transferência.

A jurisprudência dos tribunais é farta no acolhimento de pedidos de desistência de arrematação, mesmo após a assinatura do auto, mitigando-se o teor do art. 903 do CPC. São arestos oriundos de TRTs, TRFs e TJs, em sede de recursos próprios dos incidentes da execução, julgados à luz do novo CPC. As razões para a desistência da arrematação após a assinatura do auto são diversas, porém, deve ter uma justa causa demonstrada. Conclui-se, assim, que a arrematação somente se considerará definitiva quando da remoção e entrega dos bens ao arrematante.

Desta forma, a tradição que importa transferência da propriedade se dará com a remoção e entrega dos bens arrematados ou adjudicados. O desapossamento do executado de bens corpóreos necessita ser efetiva, conferindo a propriedade alodial ao arrematante ou adjudicante, com poderes plenos inerentes ao domínio.

Neste tema, é usual o executado oferecer proposta pelos bens por ocasião do cumprimento da ordem de entrega. A prática é tão comum, que

existem arrematantes especializados em leilões judiciais, buscando primordialmente negociar acordos com os executados pelos bens arrematados, sem ostentarem interesse pelos bens propriamente.

Compete ao exequente fornecer os meios para a execução. Idêntico ônus recai sobre o arrematante, conforme previsto nos editais de leilões judiciais, bem como sobre o adquirente nas alienações particulares. A proposta do executado ocorre na maioria das vezes quando os bens são removidos pela capatazia para os veículos de transporte.

O executado se vê premido pela iminente perda dos bens e oferece um valor pecuniário por eles. O acordo se assemelha a um contrato verbal de compra e venda entre arrematante e executado. O art. 481 do CC dispõe que na compra e venda o contratante se obriga a transferir o domínio de certa coisa. Como o domínio já foi transferido ao arrematante por ocasião da homologação judicial e expedição da ordem de entrega dos bens, o negócio é válido e eficaz.

O comprador-executado, ainda não despojado dos bens, exerce posse direta sobre eles. Por sua vez, o vendedor-arrematante ou adjudicante vende seu domínio sobre os bens ao executado, desistindo do desapossamento. O arrematante tornou-se proprietário dos bens por ocasião da expedição da ordem de entrega, logo, o objeto do contrato é unicamente o domínio sobre os bens.

A própria adjudicação se assemelha a um contrato de dação em pagamento, adaptado para a execução forçada. Ao contrário do Código Civil anterior, o art. 356 do CC/02 permite que a obrigação se extinga mediante a execução de uma prestação diversa, de qualquer natureza, inclusive dinheiro. Quando o adjudicante procede à remoção dos bens, já possui o domínio sobre eles, buscando complementá-lo com a posse direta. Assim, é possível ao executado comprar os bens do adjudicante, evitando sua retirada do estabelecimento.

Esse procedimento executivo, apesar de atípico, se encaixa na liberdade das formas da execução, expressa nos arts. 798, II, a, e 190, do CPC. Além disso, confere preferência à satisfação do crédito em dinheiro, conforme a ordem do art. 835 do CPC.

Em consequência da compra e venda realizada no âmbito da diligência de remoção e entrega dos bens, eles retornarão ao patrimônio do executado, podendo incidir penhoras subsequentes. A hipótese poderá configurar o

concurso singular do art. 908, § 2º, do CPC. A remoção dos bens ao veículo de transporte pela capatazia, por ocasião do cumprimento da ordem de entrega, não se qualifica como tradição, uma vez que não houve efetivo desapossamento. Deveras, nessa circunstância, os bens ainda permanecem na órbita de vigilância do executado. Somente com a retirada do bem do estabelecimento executado, e seu efetivo transporte para outra localidade, é que se perfectibiliza o desapossamento, perfazendo a tradição do bem.

A jurisprudência entende que a propriedade do bem é transferida para o adjudicante ou arrematante no instante em que a ordem de entrega é expedida, com a homologação judicial. No entanto, a posse direta do bem somente se configura após seu transporte a outra localidade, quando então o arrematante poderá exercer os direitos inerentes ao domínio, tais como o de uso e fruição do bem. Estando o executado no encargo de fiel depositário, exercerá a posse direta sobre o bem, podendo usá-lo e fruí-lo, bem como reavê-lo de quem ilegítimamente o detenha. Entretanto, não poderá dispor do bem, como doá-lo, vendê-lo ou empenhá-lo. Consequentemente, com a penhora do bem e a nomeação do executado como fiel depositário, será ele despojado de um dos poderes inerentes à propriedade, a saber, o *ius disponendi*. Nessas circunstâncias, a posse indireta ficará com o juízo da execução, de onde emanou a ordem de penhora, ficando o executado com a posse direta. Mesmo que o ato de constrição seja cumprido em juízo diverso, a exemplo da carta precatória executiva, a posse indireta ainda restará com o juízo da execução originário, a quem caberá dispor do bem como entender devido para a satisfação do crédito.

Na arrematação, é possível que o próprio exequente utilize seus créditos na execução para oferecer lances. Nessa situação, arrematado o lote de bens e expedida a ordem de entrega, haverá convocação em adjudicação. A vantagem desse rito é permitir a adjudicação dos bens por preço não vil. Isso porque, o art. 876, § 4º, I e II, do CPC determina que a adjudicação seja efetuada pelo valor da avaliação, e o preço não vil é inferior a este, beneficiando o exequente. Por sua vez, o art. 895, I e II, do CPC estipula que a arrematação será realizada pelo valor da avaliação no primeiro leilão e por preço não vil no leilão seguinte. O preço não vil pode ser de até 50% do valor da avaliação, conforme o art. 891, parágrafo único, do CPC. Excepciona-se o imóvel de executado incapaz, cujo valor não vil é de 80% da avaliação, segundo se extrai da interpretação do art. 896 do CPC.

Assim, poderá o exequente adjudicar os bens penhorados pelo valor pago na arrematação, e não pelo valor da avaliação. A depender da disputa de lances, o valor arrematado pode ser inferior à avaliação. Evita-se, assim, uma

discriminação injusta do adjudicatário. O procedimento concilia o princípio do resultado com o princípio da menor onerosidade, expressos nos arts. 836, 899 e 805 do CPC.

6-A Execução Trabalhista nas Relações Desportivas

Vejam os meandros na execução de dívidas trabalhistas desportivas, que sobrecarregam os fóruns trabalhistas.

Sabe-se que atualmente os maiores salários no Brasil e de muitos outros países são de jogadores de futebol. Em algumas nações, essa condição é ostentada por atletas de outras modalidades, como o basquete, além da elite da classe artística. Mas no Brasil atual, são os jogadores que têm os maiores salários. No entanto, trata-se de uma realidade restrita à elite do futebol. Os litígios salariais envolvendo clubes de futebol enfrentam execuções tortuosas, resultando na penhora de rendas de jogos e até do próprio estádio do clube.

A título ilustrativo, a justiça do trabalho de Alagoas, por meio da Vara do Trabalho de Palmeira dos Índios, determinou a penhora do estádio Juca Sampaio por dívidas trabalhistas do CSE. O estádio ganhou projeção em 2019, com a classificação do CSA, o clube rival, para a primeira divisão do campeonato brasileiro, após 32 anos, com a obtenção de três acessos seguidos, da série D para a série A, um feito inédito. Com isso, os treinos do CSA nesse estádio passaram a ser cobertos pela imprensa nacional. Neste mesmo ano, as execuções trabalhistas do CSE foram objeto de acordos, que envolveram o repasse de valores de patrocínio da prefeitura municipal de Palmeira dos Índios, além de bloqueio de verbas do Fundo de Participação dos Municípios-FPM. O estádio foi avaliado em R\$ 600.000,00, mas deve ser arrematado por valor bem superior em um eventual leilão judicial, tendo em vista se localizar em uma área nobre da cidade, com grande interesse imobiliário. Em 2023, o leilão do estádio foi novamente suspenso, por conta da alegação do município de se tratar de um imóvel público.

Já o estádio de Ribeirão Preto, com 35.000,00 m², em forma elíptica, foi a leilão no mês março de 2023, com lance mínimo de R\$ 54,7 milhões na primeira praça. Diversos outros estádios no Brasil foram penhorados para saldar dívidas trabalhistas ou fiscais. Em geral, são estádios de clubes pequenos. Contudo, alguns grandes clubes estão com seus estádios ameaçados de penhora por dívidas, como a Arena Grêmio.

A dívida dos grandes clubes brasileiros soma mais de R\$ 10 bilhões. Somente Cruzeiro e Atlético-MG devem mais de um quarto desse valor. A receita dos clubes também impacta nessa relação. O Atlético-MG, que tem a maior dívida do Brasil, de cerca de R\$ 1,5 bilhão, tem uma relação dívida/receita de 2,6, enquanto Cruzeiro e Botafogo possuem dívidas sete vezes maiores que suas receitas. A esse respeito, a Lei 14.193/21 criou a Sociedade Anônima do Futebol-SAF, cujo art. 9º limita sua responsabilidade pelas dívidas do clube. A Justiça do Trabalho de Minas Gerais discutiu a aplicação desta lei nas dívidas do Cruzeiro, ora entendendo pela aplicação da responsabilidade inserta nos art. 2º, §2º e 19 da Lei da SAF, ora aplicando o disposto no art. 2º, §2º, e 448-A da CLT, reconhecendo a existência de grupo econômico por coordenação, com aplicação da responsabilidade solidária ou subsidiária entre o clube e a SAF. A esse respeito, o Atlético-MG busca um modelo de SAF para rolar sua dívida. O tema ainda pende de consolidação na jurisprudência.

Outro assunto que ganha dimensão na execução de dívidas de jogadores é a penhora de patrocínios. O TRT18 acatou a penhora de valores repassados por patrocinadores ao Campinense Clube, determinada pelo juízo de Goiânia. Mas determinou a soma dos percentuais de todos os processos, a fim de não ultrapassar o limite de 30%. De seu turno, o TJSP já acatou a penhora incidente sobre patrocínio incentivado, que envolve dedução fiscal do patrocinador, em caso envolvendo a TIM e o Botafogo Futebol e Regatas. Neste caso, o tribunal entendeu que o percentual da penhora deve recair apenas sobre os recursos próprios do patrocinador, no importe de R\$ 840 mil, um sexto do valor total do patrocínio, excluindo-se da constrição os valores vinculados ao incentivo fiscal. O tema ganha projeção na dívida dos grandes clubes. Como exemplo, os Supermercados BH, patrocinador do Cruzeiro, teve um faturamento recorde em 2022, da ordem de R\$ 14 bilhões, ainda bem inferior ao Carrefour, o líder do segmento, que faturou mais de R\$ 100 bilhões. O patrocínio desta rede de supermercados consiste em uma operação de debêntures conversíveis no valor de R\$ 100 milhões.

Já nos pequenos clubes, os jogadores com valores a receber lutam pela penhora das cotas de participação repassadas pela CBF, que são liberadas conforme o time avança nas fases de uma competição. A esse respeito, o TRT/CE decidiu por maioria o Mandado de Segurança nº 0080045-15.2016.5.07.0000 em 2016, entendendo pela possibilidade de penhora trabalhista e bloqueio para garantia do juízo, das cotas de participação e rendas dos jogos do clube. Diferentemente, os valores recebidos pelos clubes por meio de convênios com o poder público para o incentivo à educação

desportiva são impenhoráveis, nos termos do art. 833, IX, primeira figura, do CPC, com reforço do art. 217, II, da CF/88 e art. 3º, I, da Lei nº 9.615/1998.

Ainda envolvendo a execução em clubes pequenos, importa destacar o tema da responsabilidade solidária do patrocinador pelas dívidas trabalhistas. O TRT/CE enfrentou o assunto no Agravo de Petição no processo nº 0010006-78.2013.5.07.0038 em 17/01/2020, entendendo não haver responsabilidade do patrocinador. No caso, houve a juntada aos autos do mandado dando prazo de 15 dias para o patrocinador do clube de futebol pagar a dívida de 13 exequentes, no importe de R\$ 820 mil, ou garantir a execução, sob pena de penhora. O total do passivo trabalhista do clube é de cerca de R\$ 5 milhões. No entanto, no julgamento do recurso o TRT/CE, por maioria, reformou a decisão, entendendo não haver responsabilidade do patrocinador. Segundo o voto vencido, não havia dúvidas quanto à efetiva doação conjunta efetuada pelo clube e seu patrocinador às famílias dos atletas vitimados pelo incêndio no Centro de Treinamento do Clube de Regatas Flamengo, no Rio de Janeiro, fato reconhecido pelo patrocinador na peça recursal. Mencionou ainda que a contabilidade financeira do clube de futebol, a partir do novo patrocinador, passou a ser feita pela contadora da empresa. Além disso, havia livre acesso de empregados do patrocinador, a seu mando, às instalações do clube de futebol, mormente para movimentação e transferência de móveis e colchões para um novo espaço de treinamento dos atletas, cedido pelo patrocinador, enquanto o antigo seria reformado às suas expensas. Concluiu, assim, pela existência de comando único e de coordenação entre o clube e o seu patrocinador, por meio de uma incorporação informal das atividades desportivas, o que configura a hipótese de grupo econômico prevista no artigo 2º, §2º, da CLT, e faz nascer à responsabilidade solidária. No entanto, para a corrente vencedora, expressa no voto do relator, não se pode questionar que o esforço necessário para reerguer um clube de futebol que se encontra praticamente falido não se resume apenas em injetar dinheiro na agremiação. É necessário fazer muito mais que isso. E o que se colhe dos autos é que a instituição patrocinadora também se preocupou em reorganizar a parte administrativa e financeira do clube, cedendo a sua própria contadora para executar essa tarefa, como também realizou importantes melhorias no centro de treinamento do clube para melhor preparação dos atletas.

O fato de pegar alguns móveis e colchões na sede do clube para transferir para o novo centro de treinamento é muito pouco relevante para justificar uma assunção de gestão do clube a ponto de configurar a interferência administrativa justificadora do suposto grupo econômico. A

atividade futebolística vai muito além de tais práticas, se estendendo desde a contratação de atletas, técnico de futebol, preparador físico, definição de estratégias de jogos, tratativas com órgãos de administração do futebol estadual e nacional, viagens, transmissão de partidas por meio de rádio e televisão, negociação de vendas de direitos de imagens etc, ou seja, um mundo de atividades que não se tem qualquer notícia de ingerência por parte da entidade patrocinadora. Os fatos apontados pelo magistrado de primeiro grau são pontuais e não justificam a responsabilização solidária da agravante por dívidas pretéritas do clube, relativo ao tempo que a mesma ainda não possuía qualquer acordo com a agremiação. Também entendo que o fato da agravante ter feito certas exigências para firmar o contrato de patrocínio com o clube não possui o condão de descaracterizar a sua natureza meramente acessória, convalidando-o em verdadeira intervenção administrativa. Ora, quem em sã consciência iria transferir grandes somas de dinheiro a uma agremiação gerida por alguém em quem não se confia. Com esses argumentos, o tribunal afastou a responsabilidade solidária pelo passivo trabalhista do clube.

7-Conclusão

A fase de execução pode se transformar em um verdadeiro pesadelo labiríntico, trazendo desalento ao exequente que almeja receber seu crédito. Muitos avanços recentes podem contornar essa dificuldade. O princípio da inevitabilidade reza que a jurisdição somente estará completa com a concretização do direito. Para tanto, os órgãos de gestão do Poder Judiciário têm priorizado em suas metas e capacitações a fase executiva, para que o processo não vire uma história de Lewis Carrol. Afinal, não raras vezes, o trabalhador tem em mãos sentenças liquidadas em R\$ 100.000,00, como as decorrentes de revelia, mas não consegue expropriar nem um 1% disso, criando uma falsa expectativa que o faz viver um verdadeiro conto de fadas, caindo em desalento após anos de execução frustrada.

As mídias digitais também têm servido ao propósito de alcançar uma execução efetiva. Alegações de falta de recursos são contrastadas com postagens em viagens, cruzeiros e compras de utensílios de luxo, como jóias e carros novos. No entanto, sabe-se que as pessoas também mentem nas redes, mostrando um padrão de vida ilusório, o que enfraquece essa prova.

Nada obstante, nos últimos anos os valores movimentados na Justiça do Trabalho têm aumentado, ultrapassando a casa de R\$ 30 bilhões por ano, com tendência de crescimento atrelado ao aumento do salário mínimo. Alguns tribunais do trabalho aumentaram em mais de 40% a movimentação de recursos em 2022. No entanto, o estoque de processos na fase de execução ainda supera o estoque das fases de conhecimento e liquidação juntas.

Os tribunais têm promovido cursos de técnicas avançadas de execução, como os promovidos pelos TRTs da 2ª e 8ª regiões, com exame de blindagens patrimoniais, tais como a interposição de pessoas, negócios fraudulentos e falsas estruturas societárias, além da análise de ferramentas digitais de investigação, que têm se tornado uma mera formalidade, sem muita eficácia.

Já se disse que a execução é uma verdadeira corrida de gato e rato, com devedores arquitetando novas formas de burlar os atos executivos, muito além da tradicional alteração do CNPJ ou firma social (arts. 10-A, parágrafo único, e 448-A, parágrafo único, da CLT). Nesse sentido, é premente que a comunidade jurídica conheça os atuais caminhos legais e jurisprudenciais desse labirinto processual, em derredor do qual são praticados os principais atos constritivos, constituindo a maior parte dos mecanismos de execução no âmbito trabalhista, a fim de conferir-lhes eficácia prática.

Referências:

André Araújo Molina, Revista do TRT/MG nº 104, 2021.

Araken de Assis, Manual da execução. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil. Volume IV. 4ª edição, Malheiros, 2019.

Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho, Curso de Direito Processual do Trabalho, editora Atlas, 4ª edição, 2020.

Fernando da Fonseca Gajardoni, Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Francesco Carnelutti. Instituições do processo civil, v. 3. São Paulo: Classic Book, 2000.

Mauro Schiavi, Execução no Processo do Trabalho, Editora Juspodivm, 15ª edição, 2023.

Maximiliano Silveira Sabóia, Penhora à Luz do CPC, editora Memória Forense, 9ª edição, 2022.

Michele Taruffo, Corrado Ferri e Luigi Paolo Comoglio. Lezioni sul processo civile, 1998.

Ricardo Calcini, Richard Wilson Jamberg, Rafael Guimarães, Execução Trabalhista na Prática, Editora Mizuno, 2ª edição, 2022.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS NOVAS TECNOLOGIAS COMUNICATIVAS: BASES PARA UMA REGULAÇÃO DEMOCRÁTICA

Resumo: O presente artigo analisa os fundamentos da atual discussão sobre a regulação das tecnologias emergentes de comunicação, em especial das redes sociais, confrontando as propostas governamentais e legislativas com o debate histórico, doutrinário e filosófico sobre a liberdade de expressão ao longo do tempo.

Palavras-chaves: mídias digitais; regulação; liberdade de expressão; bases históricas, doutrinárias e filosóficas.

Abstract: This article analyzes the foundations of the current discussion on the regulation of emerging communication technologies, especially social networks, confronting governmental and legislative proposals with the historical, doctrinal and philosophical debate on freedom of expression over time.

Keywords: digital media; regulation; freedom of expression; historical, doctrinal and philosophical bases.

Sumário: 1-Introdução; 2-Bases para regulação. 3-Aspectos históricos. 4-História da liberdade de expressão no Brasil. 5-Aspectos doutrinários. 6-Aspectos filosóficos. 7-Conclusão. Referências.

1-Introdução

O artigo busca situar a discussão sobre a regulação das mídias digitais no contexto da evolução da liberdade de expressão, dissecando as propostas em variadas partes do mundo. Para tanto, propomos uma incursão nas contribuições de autores e estudiosos que se debruçaram sobre a liberdade de expressão em épocas diversas, desde a antiguidade até os dias atuais.

Em outro trabalho intitulado “O Sigilo Absoluto nas Mídias Digitais” analisamos a possibilidade de quebra do sigilo nas redes sociais em casos de práticas criminosas de grande gravidade. O tema é de fundamental importância diante das perspectivas revolucionárias do futuro surgimento da tecnologia 6G e da criptografia quântica nos próximos anos.

Neste artigo retomamos o assunto, mas com uma abordagem diversa. O foco de análise será o controle sobre o conteúdo do que é propagado nas mídias digitais, ainda que não necessariamente ilegal, e a criação de tipos penais relacionados ao exercício da liberdade de expressão nessas plataformas.

De início, cabe citar uma observação esperta, fruto de uma longa carreira jornalística com larga experiência no tema. Na segunda orelha do livro “Areopagítica - Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra”, de John Milton, um clássico da liberdade de expressão, escrito em 1644, em edição da Topbooks de 1999, Millôr Fernandes erude na sua 5ª reflexão: “A satisfação de nosso ego (liberdade) só é alcançada em detrimento de algum outro (ou de muitos outros) egos. Portanto a liberdade - mesmo utópica - só poderá ser a média da satisfação de todos os egos.”

De fato, a convivência harmoniosa no ambiente digital não será alcançada com a sobreposição de determinadas opiniões sobre as demais, principalmente diante da propagação de egos inflamados por todo o mundo. Conforme a perspicaz advertência de Millôr, apenas a média de satisfação de todos os egos é capaz de trazer algum equilíbrio.

Sabe-se que mesmo a liberdade de expressão deve ter limites, mas como todo direito fundamental, os próprios limites possuem limites, vinculados ao núcleo essencial desse direito, que é intangível à ação governamental. Na conformação desse núcleo, entram questões relacionadas à honra e à maior ou menor sensibilidade albergadas pela lei, que deve ter contornos objetivos

e claros, a fim de que a medida do dano não se altere conforme o caso ou conforme as partes.

Como exemplo da regulação em curso, antes de 2014, os conteúdos ofensivos publicados nas redes sociais eram retirados pelas próprias plataformas, por meio de uma notificação extrajudicial emitida pelos ofendidos. Após a aprovação do Marco Civil da Internet, essa remoção apenas ocorre por meio de ordem judicial. No entanto, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para revisar o art. 19 do MCI, a fim de conferir-lhe interpretação conforme a Constituição, no sentido de as próprias plataformas removerem voluntariamente o conteúdo ofensivo.

Já a cooperação jurídica internacional no âmbito das mídias digitais se opera nos casos de não aplicação do marco civil da internet (arts. 10, §3º, e 11), como no caso de um provedor de serviços localizado no exterior e que não presta serviço no Brasil.

Em paralelo, o PL nº 2.630/2020 foi aprovado no Senado em junho de 2020, e atualmente tramita na Câmara dos Deputados. Um dos principais pontos do projeto de lei é a criação de um órgão para decidir o conteúdo que será removido. Uma corrente política defende a vinculação do órgão ao governo, a exemplo da Secretaria de Defesa do Consumidor, vinculada ao Ministério da Justiça, ao passo que outra corrente atribui tal tarefa a órgãos independentes, a exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. A maioria concorda, porém, que o órgão não tenha vinculação governamental, sendo integrado por membros da sociedade.

De seu turno, o PL nº 2.338/2023, que tramita no Senado, visa regulamentar chats de inteligência artificial, como o ChatGPT, além de novos modelos de inteligência artificial potencialmente perigosos, proibindo, por exemplo, que eles estimulem as pessoas a se comportarem de forma prejudicial ou perigosa à saúde e à segurança. O projeto de lei também impõe um controle de dados sensíveis dos usuários, a exemplo dos dados genéticos, tal como regulado na LGPD.

Os PLs nºs 2630/2020 e 2.338/2023 somam-se ao Marco Civil da Internet e à LGPD como um grande arcabouço legal de controle, além de outros regramentos específicos, como a Lei Antipiada, leis eleitorais e o Código Penal.

A Lei Antipiada foi aprovada em 2023, e em seu art. 23-C proíbe piadas que causem constrangimento a pessoas ou grupos minoritários. O dispositivo

tem servido de fundamento para decisões de bloqueio e remoção de vídeos de comediantes nas plataformas digitais.

Além desse complexo legislativo, as novas mídias são alvo de regulamentações judiciais de caráter amplo, a exemplo da Resolução do TSE nº 23.610/2019, que proíbe propaganda eleitoral que atinja órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

Essa regulação pode advir ainda de decisões judiciais vinculantes e abrangentes, sejam em julgamentos colegiados ou em despachos monocráticos. Como exemplo, decisões recentes emanadas do STF estipularam que as pessoas naturais e jurídicas que utilizarem “subterfúgios tecnológicos”, como o VPN, para acessar plataformas suspensas podem ser multadas em R\$ 100.000,00 por hora.

Contudo, a depender do VPN utilizado, o IP do usuário não pode ser identificado, salvo se houver uma porta dos fundos, a exemplo do que é exigido por alguns governos. Na China, o Grande Firewall exige a instalação de uma backdoor. Em geral, é possível rastrear apenas o fluxo da comunicação no VPN, ficando o usuário no anonimato. O Grande Firewall da China (GFW) também bloqueia conteúdos e dados advindos de países estrangeiros. Trata-se de um subprojeto no âmbito do Projeto Golden Shield, um dentre vários projetos Golden, e é operado pelo Ministério da Segurança Pública (MPS) desde 2003. O projeto também é apontado como fonte de ataques a sites internacionais.

Argumenta-se que o exagero na regulação das mídias digitais pode dinamitar a liberdade de expressão, conferindo um escudo às autoridades para práticas abusivas contra a população, o que flerta perigosamente com estruturas controladoras de países ditatoriais.

O tema da regulação das redes ganhou notoriedade após a constatação da piora na saúde mental dos jovens no período pós-pandêmico, com queixas de que as plataformas estariam realizando um experimento com os jovens no intuito de auferir lucro.

No entanto, as propostas atualmente em discussão em vários países do mundo são apontadas de usarem a proteção de crianças, o combate aos discursos de ódio e à desinformação como pretextos para tentar silenciar vozes dissidentes.

A esse respeito, a regulamentação já aprovada em solo europeus tem uma característica cerrada, sem brechas para abusos de governantes por meio

de atos executivos, como decretos e portarias. A experiência de legislações abertas revelou a utilização dessas brechas para perseguições políticas e abusos contra a população.

Por sua vez, os EUA optaram por não regulamentar as redes em âmbito federal, rejeitando diversas propostas de controle de conteúdo. Mas existem algumas poucas experiências legislativas no âmbito estadual, como a aprovada em Utah. Apesar disso, dois projetos de lei estão avançados no senado americano, ambos com foco na proteção das crianças, em especial no combate à incitação ao suicídio e à exploração sexual.

Essas leis em geral exigem o consentimento dos pais para a utilização das redes pelos filhos, não por meio de um click em um link, mas sim por meio de um documento escrito entregue em mãos por um agente da plataforma. Contudo, apesar do cuidado que a medida representa, alguns argumentam que ela pode afetar adolescentes com questões de gênero e que sejam rejeitados pelos pais, impedindo o acesso deles a esse tipo de conteúdo.

Atualmente, a governança das redes sociais é um tema bipartidário nos EUA, havendo amplo consenso no que toca à segurança infantil e à defesa nacional. Neste último caso, a discussão é voltada principalmente às plataformas estrangeiras, como o Tik Tok chinês e o Telegram russo.

Na reflexão de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein:

“Apesar de todas as diferenças, liberais e conservadores estão começando a reconhecer esses pontos fundamentais. Assim como o setor privado, o setor público pode incentivar a população a trilhar um caminho benéfico para suas próprias vidas, mas deixando claro que, em última instância, a escolha é do indivíduo, não do Estado. A enorme complexidade da vida moderna, aliada ao ritmo frenético das mudanças tecnológicas e globais, acaba por solapar todo e qualquer argumento que defenda leis rígidas ou o laissez-faire dogmático. Os avanços nessa seara devem fortalecer, ao mesmo tempo, o comprometimento íntegro com a liberdade de escolha e o argumento em prol de um leve nudge. (Nudge, editora Objetiva, 2019, pág. 262).

A empresa chinesa Bytedance, dona do Tik Tok, armazena dados em servidores chineses. A empresa promove a coleta de dados pessoais, o que levanta suspeitas de manipulação social, com impacto na saúde mental dos jovens no Ocidente.

Yintao Yu foi chefe de engenharia do Tik Tok, e declarou em uma ação judicial na Califórnia que o Partido Comunista Chinês tinha um escritório no interior da sede da empresa em Pequim, com acesso a uma backdoor de todos os usuários do aplicativo no Ocidente, para promover os valores do partido. Ele se contrapôs ao depoimento do CEO da empresa, Shou Chew, ao Congresso americano dois meses antes.

Um exemplo recente dos perigos envolvidos no acesso das crianças às redes sociais é o desafio do apagão, que estimula os jovens a se sufocar até apagarem. Em 2008, 82 jovens morreram nos EUA praticando esse desafio, que havia sido esquecido desde então. No entanto, nos últimos anos o desafio voltou à tona no aplicativo Tik Tok, ocorrendo mortes de crianças tanto nos EUA, como em outros países, a exemplo da Argentina, conforme o levantamento do Centro Jurídico de Vítimas Virtuais, com sede nos EUA.

Na China, o aplicativo Tik Tok possui limitações ao uso por menores de 14 anos, com permissão de apenas 45 min/dia, sendo vetado no período das 22h até às 06h, tendo ainda rígido controle de conteúdo.

Em quase todo o mundo, a necessidade de proteção das crianças e a segurança nacional são assuntos consensuais no tema da regulação das mídias digitais. O mesmo não ocorre com o controle do discurso de ódio e o combate à desinformação. Nestes casos, há uma grande dissensão sobre os critérios objetivos a serem legalmente adotados, estando a mercê de um órgão que dite o que deve ser tido como verdade.

As notícias falsas são chamadas atualmente de “fauxts”, e podem ser melhor gerenciadas por meio de parcerias com checadores, a fim de sinalizar conteúdo amplamente compartilhado, ao invés de sua simples remoção. Cogita-se também na abertura de espaço para os próprios usuários contestarem os checadores, em um sistema similar ao blockchain.

Aliado a isso, podem ser implementados algoritmos de aprendizado de máquina para sinalizar conteúdo, que deve ser supervisionado por moderadores humanos. Essas medidas podem ser complementadas por campanhas de cidadania digital.

Essas medidas se revelam muito mais eficazes que a simples proibição e remoção de conteúdo, ou o estabelecimento de sanções como multa ou prisão. O exemplo das campanhas educativas no trânsito são um bom exemplo. Transpor essa experiência para o tráfego digital pode ser mais eficaz e menos custoso.

Afinal, a proteção da privacidade e a transparência na coleta e uso de dados era tudo que os criadores da internet tinham aversão. Ela se popularizou nos anos 1990 como uma brincadeira, assim como a miniaturização do transistor. Mas da mesma forma que o transistor revolucionou a microeletrônica, a internet revolucionou a comunicação, e passou a ser utilizada por pessoas e povos com padrões culturais diversos.

Modernamente, cresceram acusações de controle do ativismo político nas redes e a censura no livre mercado de ideias, por meio da filtragem algorítmica de primeiro estágio com viés, segmentando usuários e tipos de conteúdo. Com a popularização da internet das coisas (IoT), os governos e as empresas de mídia digital podem ter controle total sobre o indivíduo, desde um termostato inteligente até o que se assiste na TV.

A regulamentação deve encontrar o equilíbrio entre a autoridade do governo e a autonomia das plataformas, conciliando tanto a proteção quanto a liberdade dos usuários.

É preciso atentar para o fato de essas leis também afetarem a concorrência, inibindo a entrada de novas plataformas no mercado. Os custos da regulamentação podem levar à falência empresas em atividade e desencorajar novos participantes.

Segundo David Sumpter:

“Desinformação e fake news se tornaram um recurso proeminente em todas as eleições. Hunt e Matthew descobriram que, das pessoas estudadas, apenas 8% acreditaram nas histórias das fake news. Além do mais, as pessoas que acreditavam nessas histórias já tendiam a ter convicções políticas alinhadas à posição das notícias falsas. Não há evidência concreta de que a disseminação de fake news mude o curso de eleições nem que o aumento de bots impactou negativamente a forma pela qual as pessoas discutem política. A maior limitação dos algoritmos utilizados

hoje pelo Google, Facebook e Twitter é que eles não entendem devidamente o significado da informação que estamos compartilhando uns com os outros. É exatamente nessa questão, de fazer os algoritmos entenderem sobre o que estamos falando, que todas essas empresas estão trabalhando. O objetivo delas é reduzir suas dependências de moderadores humanos.” (Dominados pelos Números, editora Bertrand Brasil, 2019, pág. 185).

Uma das razões básicas e intuitivas para o interesse nas redes é o constante fluxo de novidades que é apresentado: notícias do mundo, do país, da cidade, da família, curiosidades, fotos, vídeos, boatos - tudo que chega e que tem algum aspecto de ineditismo atrai, naturalmente, a atenção das pessoas. E em um ambiente como a internet, no qual múltiplos elementos competem por tempo e atenção, essa é uma vantagem competitiva significativa. O segundo grande motivo da popularidade desses instrumentos é bem menos óbvio, e está ligado a um aspecto do comportamento humano identificado e estudado pelo psicólogo norte-americano B. F. Skinner (1904-1990): o efeito do reforço, seja ele positivo ou negativo. Ações com consequências negativas para determinado indivíduo não são repetidas, ao passo que ações com consequências positivas tipicamente continuam a ser realizadas.

Mesmo com imposições legais de moderação de conteúdo, há um grande desafio de implementação prática vinculado à linguística. O Facebook, Google e Instagram estão sediadas nos EUA, sendo direcionadas ao público americano. Mas ganharam projeção mundial, tendo que lidar com uma miríade cultural. Em geral, a população de outros países democráticos discorda dos padrões legais americanos de uso das plataformas digitais, tanto no México quanto na Coreia do Sul, e até mesmo no Reino Unido. As pesquisas de opinião indicam que os sul-coreanos, por exemplo, possuem maior exigência de controle governamental em casos de conteúdo danoso em comparação com o público norte-americano. Essa diferença impacta nos diversos idiomas.

As plataformas foram projetadas para a língua inglesa, e seu uso em diferentes idiomas e culturas dificulta a identificação de conteúdo prejudicial conforme os padrões locais. Pode-se citar como exemplo o uso do indonésio, que tem base no idioma malaio e influências de diversos outros idiomas,

como o português, sânscrito e persa. Além dos aspectos essencialmente linguísticos, o idioma também tem uma vinculação com a cultura nativa, o que dificulta a moderação.

Pensando nisso, foram estabelecidos em 2018 os “Princípios de Santa Clara”, a fim de que sejam levadas em conta a diversidade cultural e os diferentes níveis de moderação de conteúdo exigidos por cada povo. A adaptação à variedade de idiomas e padrões culturais são desafios na moderação de conteúdo que surgiram após a difusão das mídias digitais pelo mundo. E a utilização do metaverso ainda tem o potencial de acirrar o problema, além de trazer mais vulnerabilidade na privacidade dos dados dos usuários.

Atualmente, foram desenvolvidos aplicativos que possibilitam a conversação entre falantes nativos de idiomas distintos. O aplicativo “Speak & Translate”, por exemplo, utiliza algoritmos que traduzem até 54 idiomas em conversas ao vivo, comportando 10 idiomas para uso offline. Ele já vem com a funcionalidade de integrar o aplicativo Apple Watch ao icloud.

Paralelamente, os chats de IA são acusados de viés de algoritmo em suas respostas. Os chatbots de IA generativa baseadas em modelos de linguagem grande (LLM) são utilizados para pesquisa e confecção de ensaios. O ChatGPT plus, que roda o GPT-4 LLM, da OpenIA, e o Google bard retornam respostas diferentes para as mesmas perguntas. Alguns apontam que certas combinações de problemas e prompts retornam respostas ideologicamente enviesadas. Há ainda respostas aparentemente verdadeiras, mas que se revelam falsas sob um maior escrutínio.

2-Bases para regulação legal

Doutrinariamente, poucas obras abordaram diretamente o tema em discussão. A obra “Direito Digital”, de Patrícia Peck Garrido, editada desde 2002 pela editora Saraiva, atualmente na 7ª edição, de 2021, discorre brevemente sobre as mídias sociais e seus impactos (capítulo 8.51) e sobre as fake news (capítulo 11.1).

No entanto, essa carência pode ser suprida pelo uso da analogia com formas tradicionais de comunicação, a fim de aproveitar as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais formadas após décadas de debates.

A esse respeito, Edward H. Levi sentenciou em obra clássica sobre o tema:

“As normas mudam à medida que são aplicadas. Mais importante do que isso, as normas jurídicas originam-se de um processo que as cria para, em seguida, as adequar, ao mesmo tempo que compara situações de fato. Mas este tipo de raciocínio está sujeito a críticas, pois considera iguais coisas que são um tanto diferentes. O raciocínio por comparação de casos, ou seja, por analogia, é uma solução para muitas questões na esfera do direito.” (Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico, escrito por originalmente em 1949, editora Martins Fontes, 2005, pág 7).

Por seu turno, LLoyd L. Weinreb adverte em uma obra mais recente:

“Mesmo aqueles que aprovaram o uso do argumento analógico no direito, como Edward Levi, no seu estudo clássico, *An Introduction to Legal Reasoning*, consideram-no racionalmente imperfeito. Especialmente o direito - por estar em contato com toda a nossa vida, sendo decisivo na maioria das atividades humanas - tem necessidade de incertezas, inclusive quando aspira a elucidar o seu ponto de vista sobre o bem. A confiança na capacidade humana de refletir e deliberar sobre os fins humanos e sobre como alcançá-los não produz as verdades da razão abstrata ou da ciência empírica. Não oferece nenhum refúgio contra a dúvida e exige de nós a contínua reavaliação e reconsideração de nossas conclusões, bem como a perpétua atenção à possibilidade de erro. Justamente por tais razões, é essa confiança o caminho mais seguro e menos traiçoeiro para uma ordem social justa.” (A Razão Jurídica, editora Martins Fontes, 2008, pág. 135).

Percebe-se que o uso da analogia nem sempre é eficaz, devendo ser conformada à realidade das novas tecnologias. Existe uma ampla gama doutrinária e jurisprudencial sobre a liberdade de expressão na radiodifusão,

na TV a cabo por satélite e na internet, consolidada após intensos debates nas últimas décadas. Sua adaptação para Chatbots de IA, redes sociais e metaverso deve levar em conta seus aspectos intrínsecos, para que o recurso à analogia seja cientificamente adequado.

No âmbito da imprensa escrita, ainda prepondera nos EUA o entendimento externado no caso *New York Times v. Sullivan*, julgado pela Suprema Corte em 1964, entendendo-se que figuras públicas devem provar que houve malícia real do veículo de imprensa em casos de difamação, o que não ocorre no caso de mero erro honesto. Esse entendimento ainda é adotado no exercício da liberdade de imprensa no âmbito das redes sociais.

A Suprema Corte dos EUA também analisou recentemente a liberdade de expressão no contexto de conteúdo ofensivo nos casos *Brow v. Associação de Comerciantes de Entretenimento* em 2011, *Estados Unidos v. Stevens* em 2010 e *Snyder v. Phelps* em 2011. Em todos os casos há uma forte inclinação pela liberdade de expressão.

Alexander Meiklejohn também advoga a vinculação entre a liberdade de expressão e a democracia, em uma relação visceral de dependência entre ambas. Por sua vez, Thomas Emerson entende que a liberdade de expressão é uma válvula de segurança para o desabafo da população, evitando atos violentos de revolução.

A despeito disso, a partir do 11/09, muitas leis passaram a controlar o discurso político em diversos países, como EUA, Reino Unido e Austrália. Em 2006 foi aprovada a Lei do Ódio Racial e Religioso do Reino Unido, proibindo a islamofobia. Também a Escócia aprovou a Lei de Crimes de Ódio. Essa vigilância é feita pela Ofcom, a autoridade reguladora e de concorrência nas comunicações do Reino Unido.

A partir daí iniciou-se um debate acerca dos limites da liberdade religiosa, principalmente para saber se ela incluiria críticas a outras religiões ou a condutas humanas específicas. Decorreram então diversas amarras ao discurso público, apesar de uma relativa liberdade no discurso privado.

No âmbito do discurso público, haveria um controle legal, impondo sanções diversas, como multas e prisão. Já no âmbito privado, haveria um controle social, com sanções não institucionalizadas, como o vexame.

O objetivo velado dessa interdição do debate público é impedir as pessoas de terem acesso a opiniões que as deixem desconfortáveis, bloqueando assuntos tidos como politicamente incorretos.

Esse patrulhamento alcança o ambiente estudantil, por meio do controle do discurso nos campi universitários, à semelhança do que ocorria no regime totalitário soviético, tão bem narrado por Hannah Arendt na obra *As Origens do Totalitarismo* (Parte III, Capítulo 4 - Ideologia e Terror: uma nova forma de governo).

Esse movimento pode atingir as sátiras atuais, representadas por memes políticos, que substituíram as tirinhas e as charges dos cartunistas, além das apresentações de *stand up comedy* e de palhaços circenses.

Além da censura tradicional, há formas de censura velada na internet, como o disparo de exércitos de trolls e a inundação (censura reversa), com a disseminação de notícias falsas, pagamento por comentaristas falsos e a implantação de robôs com propaganda contrária.

Algumas organizações listaram discursos que foram censurados pelas empresas de tecnologia, mesmo tendo um conteúdo preciso e útil, tal como a lista feita pela Electronic Frontier Foundation - EFF.

Em 2023, o Twitter aboliu os algoritmos de filtragem de conteúdo, além de demitir 80% de seu quadro de pessoal vinculado à moderação. Em substituição, predominam atualmente propostas de auto-monitoramento na internet, realizadas pelos próprios usuários.

3-Histórico da liberdade de expressão

A liberdade de expressão no decurso da história acompanha o desenvolvimento das tecnologias de transmissão das ideias e do pensamento. Inicialmente, a fala era o principal veículo de comunicação, como na Roma e Grécia clássicas. O acesso ao discurso público estava essencialmente ligado à condição do falante, a exemplo de ser ou não escravo. Até o século XIV, os livros eram escassos, já que eram escritos à mão. A partir da invenção da imprensa, e a ampla difusão das ideias expostas nos livros, o debate sobre a liberdade de expressão ganhou profundidade.

No ano 364 d.C, tomou posse em Roma os imperadores Valentiniano I e seu irmão. Neste mesmo ano, ambos estavam na capital oriental do império, Constantinopla, para ajustar a divisão do império entre eles. No entanto, os dois adoeceram na cidade. A principal suspeita era de feitiçaria. Assim,

aprovaram rapidamente uma lei proibindo rituais religiosos noturnos em todo o império. Nesta época, quem invocasse demônios com encantamentos seria punido com a pena de morte. Segundo o historiador grego Zósimo, um procônsul falou pessoalmente com o imperador alertando que a lei atingiria as práticas religiosas pagãs, tornando insuportável a vida dos helenos. Historiadores modernos dizem que a intervenção do procônsul não foi além de uma breve carta ao imperador, avisando dos efeitos não intencionais da lei. De fato, o imperador cedeu aos apelos, e permitiu uma certa dose de liberdade religiosa aos pagãos.

Oito séculos antes, em 431 a.C, o poeta grego Eurípedes escreveu a peça *Medéia*. Segundo Mário da Gama Kury (*Medéia*, editora Martin Claret, 2004, pág. 13):

“A peça evolui de uma Medéia abatida pelo repúdio do marido, esposa traída que definhava no leito e nem sequer levantava os olhos, aparentemente conformada com a sorte, para uma mulher animada por um terrível desejo de vingança e extermínio, que não se detinha sequer no infanticídio, como vindita extrema para aniquilamento total do marido perjuro. Esses sentimentos primitivos eram naturais em uma criatura também primitiva, vinda de uma região bárbara onde imperava a feitiçaria”.

Medéia era colquidiana. Percebe-se dos excertos acima que a prática de feitiçaria impactou a liberdade de expressão durante séculos.

De uma maneira geral, a liberdade de expressão em Roma foi permitida no período republicano. Não se tratava de um direito humano, na concepção moderna, mas uma prerrogativa política, que deveria ser conquistada. No entanto, a exemplo da configuração atual, a importância da liberdade de expressão não se destinava apenas ao emissor, alcançando todo o sistema político. Era permitida até mesmo no interior do exército romano, estendendo-se ao Foro e às associações privadas e artísticas. Nem mesmo no período imperial houve a completa abolição da liberdade de expressão, sendo ela tolerada em alguma medida.

Mary Beard adverte sobre os efeitos que a falta de liberdade de expressão podem ocasionar em uma sociedade explorada, como a romana:

“Tendo em vista o imenso fosso entre os que tinham e os que não tinham no mundo romano, por que não ocorriam mais conflitos? Uma resposta é que talvez grande parte dos conflitos não fossem registrados, mesmo que na maioria das vezes se tratasse de atos de guerrilha e não de revolta generalizada: ovos pobres atirados contra as cortinas das leiteiras que passavam, mais do que ataques coordenados aos portões do palácio imperial. Os escritores romanos não tinham muitos olhos para os níveis moderados de agitação.” (SPQR - Uma História da Roma Antiga, editora Crítica, 2ª edição, 2020, pág. 461).

Na Grécia, a liberdade de expressão era mais desenvolvida. Na introdução do livro “Atenas: Cidade da Sabedoria”, (traduzido do inglês, editora Apolo, 2021), Bruce Clark discorre:

“As estruturas de mármore cintilantes que coroam a acrópole são admiradas como a sobrevivência mais tangível de uma sociedade onde a humanidade, por assim dizer, ficou de pé. Na compreensão de hoje, a antiga Atenas obriga a respeito como um berço do humanismo. Uma comunidade em que as questões pesadas de guerra e paz, bem como a administração diária de rotina, foram abordadas através da interação de intelectos bem treinados que sabiam avaliar argumentos e tirar conclusões. Com a aprovação, os historiadores modernos observam o que parece ser uma sofisticação emergente e secular na compreensão dos atenienses de sua própria história coletiva: não como um jogo caprichoso atuado por poderes divinos, mas sim como uma interação de motivos humanos que podem ser complexos, mas podem em última análise, ser dissecado e descrito. Os admiradores contemporâneos também amam o fato de Atenas ter leis e instituições bem elaboradas cujo próprio objetivo era transcender as vicissitudes pessoais de indivíduos inteligentes e ambiciosos e os caprichos de divindades ciumentos e, em vez disso, servem ao amplo interesse público de uma maneira consistente.”

De seu turno, Anthony Everitt pondera:

“De fato, havia uma dissensão aguda na cidade, mas não entre os sexos. A briga era entre classes. Os aristocratas da cidade haviam tolerado a democracia, porém não gostavam dela, apesar de muitos terem sido eleitos gerais e funcionários do governo. Ainda acreditavam em sua primazia hereditária, o que Píndaro chamava de ‘esplendor que corre no sangue’”. (A Ascensão de Atenas, editora Crítica, 2016, pág. 340).

A esse respeito, o testemunho de Tucídides é esclarecedor:

“Os quatrocentos mandaram também dez homens a Samos para tranquilizar as tropas estacionadas lá, e explicar que a oligarquia havia sido instaurada não para prejudicar a cidade ou os cidadãos, mas para a salvação geral; deveriam explicar igualmente que o poder estava nas mãos de cinco mil pessoas, e não de apenas quatrocentas, e que os atenienses, incorporados aos exércitos e em atividade além de suas fronteiras, jamais haviam podido reunir-se em assembleia com a presença de cinco mil cidadãos para deliberar sobre qualquer assunto, por mais importante que fosse. (História da Guerra do Peloponeso, editora Universidade de Brasília, 1987, pág. 517).

Mais a frente, ele relata:

“De qualquer modo, após a notícia da derrota, os atenienses, apesar de suas dificuldades, mandaram tripular doze naus e convocaram reuniões da assembleia. Nessa reunião foram depostos os Quatrocentos, foi decidida a entrega do governo aos Cinco Mil e resolveu-se que ninguém receberia salários pelo exercício de qualquer cargo público, sob pena de maldição para os transgressores. A assembleia voltou a realizar reuniões frequentes, nas quais foi

aprovada a nomeação de supervisores das leis e foram votadas outras medidas de caráter político. Nos primeiros tempos desse período os atenienses parecem ter sido melhor governados do que em qualquer outra época, pelo menos no meu tempo; com efeito, houve um equilíbrio razoável entre a aristocracia e o povo, e isto foi um fato preponderante na recuperação da cidade. (História da Guerra do Peloponeso, editora Universidade de Brasília, 1987, pág. 535).

Como visto, até o século XIV os escribas não tinham censura, já que suas obras possuíam pouco alcance. Com o surgimento da imprensa, começaram a surgir as listas de livros proibidos, como o *Index Librorum Prohibitorum*, que vigoraram nos séculos XV e XVI.

Em paralelo, os governos europeus controlavam as impressoras, que necessitavam de uma licença oficial para imprimir livros e jornais.

A reação à censura iniciou no século XVI, com o surgimento de reivindicações por maior liberdade de expressão, como a realizada por Edward Coke em 1590. Antes dele, o teólogo holandês Dirck Coornhert, que viveu entre 1522 e 1590, defendeu arduamente a liberdade de expressão e de imprensa.

Na Inglaterra, a Declaração de Direitos de 1689 previu o privilégio parlamentar, com liberdade de expressão a seus membros. Mas só em 1766 adveio o primeiro regulamento da liberdade de imprensa, na Suécia. Seguiu-se o art. 11 da declaração francesa de 1789 e a primeira emenda à Constituição dos EUA de 1791.

Modernamente, a liberdade de expressão foi prevista no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que utilizou a expressão “independentemente de fronteiras”, a fim de lhe conferir um caráter universal. O art. 19 do PIDCP de 1967 tornou cogente a liberdade de expressão, mas com uma redação distinta, que ressalta a responsabilidade pelos danos causados. Idêntico direito foi previsto nos tratados regionais, como o art. 16 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 9º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

No meio desse processo histórico destacam-se os seguintes acontecimentos: as 95 teses de Lutero, em 1517, a Revolta Holandesa, em 1568, a Guerra Civil Inglesa, em 1642, e as revoluções inglesa, americana e francesa em 1688, 1776 e 1789, respectivamente.

A Guerra Civil Inglesa durou um total de sete anos, sendo dividida em dois conflitos. Na época, o poder do rei era absolutista, e contestá-lo era um sacrilégio punido com a pena de morte. Após as duas guerras, o governo foi repartido com o parlamento, que indicava o primeiro-ministro, tendo sido conferida maior liberdade de expressão a seus membros. O comandante da guerra civil do lado do parlamento, Oliver Cromwell, é atualmente visto tanto como um herói da liberdade por alguns, quanto um genocida de católicos por outros.

Por sua vez, a Revolução Holandesa durou oitenta anos, e teve reflexos na América. Com a União Ibérica e o enfraquecimento espanhol, as possessões portuguesas ficaram desprotegidas aos ataques holandeses, o que resultou na invasão do nordeste do Brasil em 1624.

Em 1689, John Locke escreveu:

“Uma tal liberdade em relação ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária à preservação do homem e lhe é tão intimamente ligada, que não é dado ao homem dela se desfazer a não ser que perca juntamente a preservação e a própria vida.” (Segundo Tratado Sobre o Governo, editora Martin Claret, 2002, pág. 35).

Discorrendo sobre a Subordinação dos Poderes da Comunidade (capítulo XIII), Locke ponderou:

“Por isso, a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvaguardar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos. (Segundo Tratado Sobre o Governo, editora Martin Claret, 2002, pág. 109).

Já na visão moderna do historiador Martin Gilbert:

“Quando começou o ano de 1999, último ano do século, havia lugares onde o verniz da civilização se mostrava muito tênue. A expansão da internet na China deu esperança à primeira oposição do país por mais de meio século, o Partido Democrático da China. Mas, em 26 de fevereiro, as autoridades comunistas prenderam seu jovem fundador, Wang Yingzheng, de 19 anos, enquanto tirava uma fotocópia de um artigo que escrevera sobre a corrupção no Partido Comunista. Ele foi acusado de tentar subverter o poder do Estado. Em 10 de junho um ex-funcionário público, Fang Jue, que distribuiu um manifesto pró-democracia, foi sentenciado a quatro anos de prisão. No Irã, assim como na China, um regime repressivo se confrontou com o desafio da internet, da televisão por satélite e do aparelho de fax. No governo do presidente Khatami, a conciliação com o ocidente havia começado. Em entrevista com John Simpson, da BBC, Esmail Khoi, poeta iraniano que vivia exilado em Londres, apontou para o aparelho de fax que usava ao enviar seus poemas para o Irã e comentou: ‘É dessa forma que o Irã vai acabar mudando’”. (A História do Século XX, editora Crítica, 2016, pp. 710-714).

Na análise do tema à luz da antropologia jurídica, Norbert Rouland pondera:

“O pensamento tradicional chinês não conhece o conceito de minoria étnica. Pertencer ao gênero humano dos não-han é impossível, mas o critério de diferenciação, como na antiguidade greco-romana, é mais cultural do que étnico. Aliás, em 1949, os comunistas fundam não uma União das Repúblicas Soviéticas da China, mas um Estado unificado, sob a direção da nação han. O regime comunista sempre buscou assimilar as outras etnias. A partir de 1958 e do Grande Salto para frente, o poder decide acelerar o ritmo. Os hans vão conduzir o resto da população ao

socialismo fazendo as minorias renunciar às suas tradições e religiões, que constituem um obstáculo ao progresso. Em 22 de agosto de 1958, o Diário do Povo treveja: Não há mais Deus no céu do que fadas na terra. São os povos em pé que são os deuses e as fadas. Temos a direção do Partido. Podemos sustentar os céus com uma única mão. Os cereais cultivados pelas mulheres não serão comidos por budas”. Os sucessores de Mao mostrarão menos pressa, e a Constituição de 1982 concede garantias às minorias. Mas o objetivo de assimilação permanece, como bem sabem os tibetanos. (Nos Confins do Direito, Norbert Rouland, editora Martins Fontes, 2008, pág. 309).

Discorrendo sobre a dificuldade de processar dados, armazená-los e descartá-los com o tempo, Vaclav Smil sentencia: “A biblioteca de senadores ricos na Roma imperial abrigava centenas de rolos, e um acervo grande continha pelo menos 100 megabytes. No ano 2000, todos os livros da biblioteca do Congresso americano continham mais de 10 terabytes. Em 2016, a taxa anual de criação de dados ultrapassou os 16 zettabytes, e, em 2025, espera-se que esse valor suba mais uma ordem de grandeza, na casa de yottabytes”. (Os Números Não Mentem, editora Intrínseca, 2020, pág. 155). O autor lembra, contudo, que há uma grande diferença entre esse excesso de informação e o conhecimento que pode ser dele extraído.

Segundo Jane Burbank e Frederick Cooper:

“O crescimento da imprensa aliado à defesa dos direitos civis e a maiores índices de alfabetização permitiu que diversos ativistas conquistassem eleitores fora do âmbito do Estado ou das elites cosmopolitas. O antissemitismo que se desenvolveu em diferentes partes da Europa no século XIX não refletia a força do nacionalismo excludente, mas sim suas inseguranças. A imagem difundida no livro ‘Os Protocolos dos Sábios de Sião’, uma falsificação produzida na Rússia no início do século XX, era caracteristicamente imperial: judeus pretendiam governar o mundo”. (Impérios: Uma Nova Versão da História Universal, editora Crítica, 2019, pág. 469).

Mais à frente os autores arrematam:

“O mundo dos impérios não foi substituído por um mundo estável e de bom funcionamento de Estados-nações. Muitos conflitos sangrentos e desestabilizadores em Ruanda, no Iraque, em Israel, na Palestina, no Afeganistão, na ex-Iugoslávia, no Sri Lanka, no Congo, no Cáucaso e em outros lugares foram causados pela ausência de alternativas viáveis aos regimes imperiais. Os Estados criados nos territórios das antigas colônias não conseguiram alcançar muitos dos objetivos estipulados no momento de sua independência.” (Impérios: Uma Nova Versão da História Universal, editora Crítica, 2019, pág. 567).

Com base nos escritos de John Stuart Mill, e mais modernamente, de Joel Feinberg, operou-se uma distinção entre os princípios da ofensa e do dano, para fundamentar restrições à liberdade de expressão. Vários critérios foram elaborados para essa distinção, como a intensidade da ofensa e interesse geral da comunidade pela informação. Atualmente, essa distinção caiu em desuso, havendo um consenso de que a restrição deve ser a mínima possível para uma convivência harmoniosa.

Não obstante, há grandes diferenças de tratamento entre regiões distintas do globo, e mesmo dentro de uma mesma região. No tocante à blasfêmia, por exemplo, a Áustria proíbe críticas a Maomé, ao passo que essas críticas são livres na França. Leis que proíbem a negação do holocausto foram aprovadas em países como Portugal, Polônia e Rússia. Leis idênticas de outros países também proíbem a negação do genocídio armênio.

No histórico dessa distinção de tratamento, é emblemático o caso do romance “O Amante de Lady Chatterley”, de 1928. A obra foi proibida em quase todo o mundo, tanto nos EUA e Canadá, quanto no Reino Unido, Índia e Austrália. A impressão do livro só foi autorizada na década de 1960, após históricas decisões judiciais que a liberaram. No entanto, na França, que exibia uma tradição de liberdade literária, o livro circulava livremente desde seu lançamento. Até mesmo a obra “Ulysses”, de James Joyce, já circulava no país desde 1920.

Nos tempos atuais, a censura como um instituto regular existe em países de todas as regiões do mundo, desde Cuba, na América Latina, Arábia Saudita, na península arábica, e Vietnã, no sudeste asiático.

No entanto, a censura em casos pontuais tem despontado em vários países nos últimos anos, tanto na América do Sul, a exemplo de Venezuela, Colômbia, Argentina e Brasil, como na América do Norte, a exemplo do Canadá, além de países europeus antes vistos como baluartes da liberdade e democracia, a exemplo da Inglaterra e Alemanha.

Segundo Ian Bremer:

“Em geral, aqueles que dirigem um Estado autoritário têm mais medo de seu próprio povo do que de outros governos ou seus militares. A primeira preocupação desses Estados é com a ordem interna, e sua meta básica é reforçar o poder do Estado. As preocupações com as relações com outros Estados são importantes, mas secundárias. Além disso, esses governos têm mais condições de utilizar o protecionismo porque estão menos dispostos a enfrentar partidos políticos rivais, tribunais ou uma imprensa independente que possa impedi-los de fazer o que querem.” (O Fim do Livre Mercado, editora Saraiva, 2011, pág. 157).

China e EUA são casos especiais de análise, uma vez que se diferem bastante no tratamento do tema, estando ambos em lados opostos no espectro da liberdade de expressão.

A Suprema Corte Americana decidiu no caso *Brandenburg v. Ohio*, de 1969, que a liberdade de expressão da primeira emenda alberga a defesa do uso da força ou da violação da lei, desde que não incite uma ação ilegal iminente, descartando assim a doutrina do “perigo claro e presente” formada no julgamento do caso *Whitney v. Califórnia*. A corte também liberou o discurso de ódio no caso *R.A.V v. City of St. Paul*, julgado em 1992, com a condição de que não incite a violência iminente. Por fim, no julgamento do caso *Reno v. ACLU*, de 1997, a Suprema Corte anulou partes da Lei de Comunicação Decente, de 1996, que proibia a pornografia na internet.

Conforme constou no julgamento do caso *Reno v. ACLU*, o sucesso da internet se deve ao caos que ela é. Seus idealizadores tinham em mente

justamente um ambiente livre de regras. Nos últimos anos, a internet passou por um profundo processo de mercantilização da informação, com dados monetizados. Em 2003, foi aprovada a Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI), ressaltando a liberdade de expressão na rede.

4-História da liberdade de expressão no Brasil

Mapas medievais do século XIV, como um planisfério de 1324, contém a “Ilha Brasil”, localizada a oeste da Irlanda. O termo “Brasil” deriva da língua celta, com a raiz “bres”, que significa sortudo. No imaginário do povo celta, a “Ilha Brasil” seria uma ilha da felicidade, que se distanciava no horizonte à medida que os navegadores se aproximavam dela, à semelhança de um arco-íris.

No entanto, havia uma confusão com o termo “brasileiro”, utilizado pelos portugueses para designar o comerciante de pau-brasil, tal como “baleeiro” designava o comerciante de óleo de baleia. A origem celta do termo Brasil ainda é a mais aceita entre os historiadores.

A liberdade de expressão no Brasil começou no movimento quinhentista. O jesuíta Manoel da Nóbrega foi o mais destacado bandeirante de Deus no Brasil, segundo o declarou o Papa João XXIII. Ele escreveu o livro “Caso de Consciência Para a Liberdade dos Índios” em 1567, além de muitas cartas. Ele defendeu a liberdade dos nativos numa época em que predominava a escravidão dos índios, apesar de ter diminuído o ímpeto pela causa com o passar dos anos.

No âmbito das grandes navegações, surgiu o mito da “Escola de Sagres”, que teria funcionado na região de Algarve, em Portugal, uma escola náutica que ensinava cartografia, geografia e astronomia. Sua existência é defendida principalmente por historiadores ingleses.

Na época do barroco, destacou-se o poeta Gregório de Matos. Ele foi perseguido por suas poesias satíricas e eróticas. Tinha como alvo as diversas classes sociais da Bahia, tanto populares quanto nobres. Em 1685, o promotor eclesiástico de Salvador o denunciou ao tribunal da inquisição por não tirar o barrete da cabeça ao passar por procissões. Também o denunciou pelo conteúdo de seus escritos. Essas denúncias, contudo, não tiveram seguimento.

No entanto, por conta de sua poesia satírica ele foi expulso da Bahia para Portugal. Suas sátiras contra os governantes portugueses também lhe renderam nova expulsão daquele país. Ele foi degredado para Angola, na África. Por fim, foi aceito em Recife, onde faleceu de uma febre adquirida em terras africanas.

No âmbito da América do Sul, Marie Arana arremata:

“Em Washington, no dia de Ano-Novo de 1825, Henry Clay pôs-se de pé em um jantar em homenagem a Lafayette com as presenças do presidente Monroe, de John Quincy Adams e do senador Andrew Jackson e propôs um brinde ao general Simón Bolívar, o George Washington da América do Sul. Era justamente o tipo de saudação pelo qual Bolívar esperava do mundo anglófono. As proezas os justificavam. Nem Alexandre, nem Aníbal, nem mesmo Júlio César haviam combatido ao longo de um território tão vasto e inóspito. As vitórias de Carlos Magno teriam de ter dobrado para igualar as dele. Em seu empenho para constituir um império, Napoleão percorrera menos terreno do que Bolívar em sua luta para conquistar a liberdade. A libertação da América do Sul geraria uma nova ordem mundial. Ao banir a Espanha das terras americanas, os revolucionários comprovaram a incompatibilidade fundamental entre a América e a Europa, traçando uma indelével divisória entre a visão de mundo conservadora da Europa e seu oposto radical: entre monarquias antigas e um viçoso ideal democrático.” (Bolívar: O libertador da América, editora Três Estrelas, 2015, pág. 347).

No Brasil, a liberdade de pensamento foi prevista desde a Constituição Imperial de 1824, perdurando até a Constituição de 1937, que implantou o Estado Novo. No entanto, durante o reinado de Dom Pedro I, a imprensa foi duramente atacada, ainda em fins da década de 1820. Já durante o reinado de Dom Pedro II, que perdurou por 60 anos, a liberdade de imprensa ganhou novo impulso. Segundo Joaquim Nabuco, um ex-monarquista, a liberdade de imprensa no Brasil neste período causava estranheza aos diplomatas

européus, acostumados a ver seus conterrâneos processados por alta traição em virtude de críticas bem menos ácidas aos seus governantes.

Mesmo antes da implantação do Estado Novo, no governo de Washington Luís, em 1927, foi instituída a Lei Celerada, que permitia o fechamento de jornais por “delitos ideológicos”.

De seu turno, no início do século XX, Anita Malfatti, recém-chegada ao Brasil após seus estudos na Europa, tentou desconstruir o que se pensava por arte até o momento no país, trazendo movimentos modernos, como expressionismo, surrealismo, cubismo, dadaísmo e fauvismo, buscando suplantar os movimentos classicistas, como parnasianismo e simbolismo. A reação conservadora não tardou. Em 1917, Monteiro Lobato escreveu um artigo no jornal O Estado de São Paulo, na seção Artes e Artistas, com o título “A Propósito da Exposição de Malfatti”, também conhecido como “Paranóia ou Mistificação?”, onde ele divide os artistas em duas espécies: os que fazem “arte pura”, como Rembrandt, e os modernistas, que ele compara a estrelas cadentes, que brilham um instante, as mais das vezes com a luz do escândalo, e somem-se logo nas trevas do esquecimento. O artigo de Lobato causou grande repercussão, tendo resultado na Semana de Arte Moderna de 1922, como uma reação dos modernistas Mário de Andrade e Oswald de Andrade. Monteiro Lobato também foi expulso do movimento. Por conta das críticas, Anita Malfatti sofreu de depressão e tornou-se próxima a Tarsila do Amaral.

Durante o período da última ditadura militar, vigorou a chamada prosa política, a fim de driblar a censura, por meio de romances-reportagem e do realismo fantástico, albergando denúncias diretas e indiretas.

5-Doutrina sobre a liberdade de expressão

No âmbito da doutrina estrangeira, Erwin Chemerinsky discorreu sobre a regulação da liberdade de expressão, apontando a distinção entre leis baseadas em conteúdo e leis neutras em conteúdo (*in Constitucional Law*, Aspen Publishing, 7ª edição, 2023, Capítulo 11.2.1).

De seu turno, Dennis Baron é um especialista em Direito Linguístico. Dentre os objetos de estudo desse ramo do saber está a Linguística Forense, com análise da estrutura linguística de interrogatórios policiais e judiciais. No Livro “Você Nem Sempre Pode Dizer o Que Quer: O Paradoxo da Liberdade

de Expressão” (na tradução do inglês, editora Cambridge University Press, 2023), o autor discorre sobre o paradoxo da liberdade de expressão, tendo em conta o fato de oradores poderosos estarem usando a lei para silenciar oradores menores que a eles se opõe. Neste livro o autor aborda o controle legal da linguagem. O autor também discorre sobre o controle social da linguagem em outras obras. Ele cita a declaração do juiz Wendell Holmes Jr. proferida em um julgamento da Suprema Corte em 1919, segundo o qual a primeira emenda não funcionaria para alguém que enganosamente gritasse fogo em um teatro lotado, com o único intuito de causar tumulto. No livro o autor também alude à Lei de Sedição de 1918, que criminaliza as críticas à participação dos EUA na Primeira Guerra Mundial, tendo havido condenações de ativistas com base nessa lei a penas de até 10 anos de prisão.

Por sua vez, o livro “Independentemente de Fronteiras: Liberdade de Expressão Global em um Mundo Conturbado” (traduzido do inglês, editora Columbia University Press, 2021) editado por Lee C. Bollinger e Agnès Callamard, inclui ensaios para uma doutrina internacional sobre a liberdade de expressão, bem como o impacto da globalização no exercício desse direito. No ensaio de Frederico Schauer, há uma extensão do tema, antes centrado exclusivamente na jurisdição americana, para o plano internacional. Segundo sua visão, um viés comparativo da liberdade de expressão em âmbito global deve situar a questão no contexto histórico de cada nação, como a experiência totalitária na Alemanha, o apartheid na África do Sul, e os contextos específicos de Singapura, Hong Kong e França, por exemplo.

Já no âmbito da doutrina pátria, destacam-se visões tradicionais, vinculadas ao exercício da liberdade de imprensa. Segundo o Ministro Ayres Brito, no julgamento da ADPF 130 em 2009:

“Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob a tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.” (A Constituição e o Supremo, 4ª edição, 2011, pág. 1.945).

Discorrendo sobre a liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco sintetiza os principais pontos sobre a questão:

“A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos. A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. A lei que, pretextando um objetivo neutro do ponto de vista ideológico, oculte o propósito dissimulado e primordial de impedir a veiculação de ideias, não estará, obviamente, imune à declaração de inconstitucionalidade. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. Se se cobra responsabilidade do jornalista, traduzida em diligência na apuração da verdade, tal requerimento não pode, decerto, ser levado a extremos, sob pena de se inviabilizar o trabalho noticioso. De toda sorte, a latitude de tolerância para com o erro factual varia conforme a cultura e a história de cada país. Não quer isso dizer que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. A informação sobre o personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, desde que os termos empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público. A charge política suscita, por vezes, questões interessantes, em que se há de ponderar a liberdade de expressão com a proteção da honra. Essa modalidade de jornalismo, em geral, não costuma agradar ao retratado. Tem sido, entretanto, admitida, em princípio, como lícita manifestação da liberdade de expressão. Ao intuito de crítica pelo riso, é ínsita a forma jocosa. A latitude de

tolerância, aqui, depende, novamente, do sentimento geral da sociedade com relação à crítica, às vezes mordaz, que peculiariza a charge. Num ponto há acordo: não é viável a censura por parte de órgão da Administração Pública. A discussão está, antes, em saber se é dado ao juiz proibir uma matéria jornalística, num caso concreto de conflito entre direitos fundamentais – o de informar em atrito com o da imagem, por exemplo.” (Curso de Direito Constitucional, Saraivajur, 16ª edição, 2021).

De sua parte, Uadi Lammêgo Bulos esclarece:

“A liberdade de expressão, quando exercida nos parâmetros constitucionais, representa uma salvaguarda para o regime democrático. É o caso do direito de crítica jornalística, que está imune a todo tipo de restrição, inclusive por parte dos Poderes Públicos. O Judiciário, por exemplo, não pode impor, segundo convicções próprias do magistrado, cerceamentos a comentários jornalísticos de natureza política, sociológica, filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.” (Curso de Direito Constitucional, 12ª Edição, Saraivajur, 2019, pág. 591).

No magistério de José Afonso da Silva:

“A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; e independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros. O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de

poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes. (Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30ª edição, 2008, pág. 109).

O mesmo autor pondera mais à frente na mesma obra:

“A constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O caráter pluralista da sociedade se traduz, no constitucionalismo ocidental, como nota André Hauriou, pelo pluralismo das opiniões entre os cidadãos, a liberdade de reunião onde as opiniões não ortodoxas podem ser publicamente sustentadas (somente a passagem às ações contrárias à ordem pública são vedadas); a liberdade de associação e o pluralismo dos partidos políticos, o pluralismo das candidaturas e o pluralismo dos grupos parlamentares com assento nos bancos das Assembleias. É imprescindível, contudo, notar que uma sociedade pluralista conduz à poliarquia, conforme ressalta Burdeau com as seguintes palavras: Politicamente a realidade do pluralismo de fato conduz à poliarquia, ou seja, a um regime onde a dispersão do Poder numa multiplicidade de grupos é tal que o sistema político não pode funcionar senão por uma negociação constante entre os líderes desses grupos.” (Curso de

Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30ª edição, 2008, pág. 143).

Por fim, discorrendo sobre a liberdade de pensamento e opinião, em confronto com a liberdade de expressão, o autor arremata:

“Nesses termos, ela se caracteriza como a exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que a liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus. O homem, porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade. A liberdade de opinião trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, que seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30ª edição, 2008, pág. 241).

James Marshall escreveu o clássico livro “Espadas e Símbolos”. Na orelha do livro da edição brasileira consta que a obra passa pelas ditaduras comunista e nazista, quando a igreja católica e os pastores evangélicos se insurgiram contra as pretensões dos ditadores, narrando a matança de milhões de rebanhos na Rússia, que foi a resposta inequívoca dos camponeses à coletivização, bem como o governo de Mao Tse Tung, que foi obrigado a

diminuir o ritmo de seu grande salto para frente, também diante da resistência camponesa.

Nas palavras de Marshall:

“As armas políticas são de três espécies e cada uma delas tem usos positivos e negativos. Existe, primeiramente, a força física, a mais primitiva e básica de todas as armas. Depois, há o poder econômico. Em terceiro lugar, existe a propaganda ou uso do poder psicológico. Em algumas fases, esta terceira arma repousa na aplicação potencial da força física ou do poder econômico.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 23).

O autor prossegue:

“No campo da ação política, não existe nada de sacrossanto sobre o direito, exceto o que a propaganda faz dele. É antes uma série de pronunciamentos, como a mão no cassetete ou acompanhado pelo ruído das chaves de prisão, pois o direito do soberano é o direito positivo.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 48).

Mais à frente, na mesma obra, ele pontua:

“De qualquer maneira, a liberdade, como foi desenvolvida pelos livre-arbitristas do século XVIII, envolvia o reconhecimento, pelo soberano, de poderes específicos, que armavam a oposição (que deu armas políticas, usadas às revoluções dos comerciantes, artesãos, e pequenos proprietários de terra na Inglaterra, França e América), tais como a liberdade de falar e a de imprensa, o direito de reunião e de petição e outros direitos chamados “direitos civis”. O argumento para tais liberdades é admiravelmente fornecido por James Madison, um dos grandes estadistas revolucionários, em O Federalista: A

liberdade está para a facção assim como o ar está para o fogo, alimento sem o qual, este, instantaneamente, expira. Mas não seria loucura menor abolir a liberdade, essencial à vida política, que alimenta a facção, do que seria desejar o aniquilamento do ar, que é essencial à vida animal, porque fornece ao fogo sua capacidade destruidora”. Mas esta liberdade, que era o ar que fazia a classe média e as primeiras fases do industrialismo prosperarem, não conduz ao poder soberano concentrado; assim, ditadores de cada classe e casta preferem abolir o ‘ar’, em troca de aço e armas.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 78).

Por fim, o autor arremata:

“É através desse processo de interpretação, de dar sentidos novos a velhas frases, que os conceitos morais são prontamente introduzidos na ideologia do grupo soberano e na tessitura do seu direito. Quando o processo judicial não consegue satisfazer às necessidades de um interesse, suficientemente articulado para ser respeitado, recorre-se à ação mais drástica da legislação para declarar a norma, que o soberano fará cumprir. Não é qualquer conceito a priori do bem ou mal que precipita a inovação legal. A norma moral torna-se norma legal, nas palavras de Duguit, quando a reação social produzida pela violação da norma se torna bastante enérgica e definida para receber, do costume ou da lei escrita, uma concretização mais ou menos completa. A mudança no direito é a resultante de conflito político ou, para citar Berolzheimer, é o resultado de uma luta e a vitória de uma parte da comunidade sobre a outra.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 114).

Por sua vez, na arguta visão de H. L. A. Hart:

“Encontram-se exemplos claros de limitações substantivas em constituições federais como as dos Estados Unidos ou da Austrália, onde a divisão de poderes entre o governo central e os estados-membros, e também certos direitos individuais, não podem ser alterados pelos processos legislativos habituais. Nesses casos, a edição de uma lei, tanto do poder legislativo federal quando do local, que vise alterar ou seja incompatível com a divisão federal de poderes ou com os direitos individuais protegidos dessa forma, está sujeita a ser tratada como ultra vires e ser declarada juridicamente nula pelos tribunais na mesma medida em que for contrária às disposições constitucionais.” (O Conceito de Direito, editora Martins Fontes, 2018, pág. 94).

Na mesma obra, mas no pós-escrito mais recente, o mesmo autor pondera:

“É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, com são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são intersticiais, além de sujeitos a muitas restrições substantivas.” (O Conceito de Direito, editora Martins Fontes, 2018, pág. 352).

O debate sobre a regulação das mídias digitais não pode estar apartado das consequências para a livre concorrência na difusão de ideias e

pensamentos. Afinal, a liberdade de expressão como um direito abstrato possui pouca valia, se não forem dados os meios para o seu exercício. Daí decorre que a liberdade de expressão é dependente da livre iniciativa e da livre concorrência no setor de comunicação. A livre iniciativa também pode ser duramente atingida por uma regulação intensa. A esse respeito, a Constituição Federal, no art. 220, § 5º, proíbe que os meios de comunicação social sejam controlados, direta ou indiretamente, por monopólio ou por oligopólio.

Em reforço, segundo destaca Márcio Iorio Aranha:

“Ao constitucionalizar o rol de princípios de caráter social do art. 221, o constituinte de 1988 reconheceu que a clássica afirmação do mercado de ideias é igualmente vítima do mau uso do bem público por empresas monopolísticas e oligopolísticas. (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 2014, pág. 2.051).

O livro “Ensaio em Law & Economics”, organizado por Luiz Nelson Porto Araújo e Rodrigo V. Dufloth, conta com texto de Luciana Yeung sobre o consequencialismo. Nas conclusões de seu ensaio, ela arremata:

“Concluimos por reafirmar que as decisões judiciais e as normas jurídicas importam e geram fortes consequências e externalidades. Isso quer dizer que elas geram impactos incomensuráveis, e muitas vezes, não previstas: aqueles que a lei e o magistrado intencionou proteger acaba por ser o mais prejudicado, sem contar com os efeitos lesivos para toda a sociedade. Não basta que as normas jurídicas e as decisões judiciais sejam baseadas em princípios nobres; é mister que seus efeitos de longo prazo e amplitude geral sejam efetivamente positivos em sua integralidade. A pergunta que se coloca é: afinal o que se deseja de fato para o Brasil? Optar por olhar somente para a beleza das normas jurídicas? Ou avaliar os impactos reais para nossos trabalhadores, nossos cidadãos e nossa sociedade como um todo em busca de

melhores resultados sociais para todos?” (Ensaaios em Law & Economics, editora LiberArs, 2019, pág. 190).

Uma legislação que regule a intervenção do estado nas mídias digitais deve obedecer a todos os parâmetros modernos elencados pela doutrina. Acerca da moderna concepção de intervenção do estado por meio do poder de polícia, José Vicente Santos de Mendonça discorre:

“O ‘princípio’ do pragmatismo jurídico opera ao impor à autoridade administrativa a obrigação da adoção de medidas de polícia fundadas na realização de propósitos de interesse público justificáveis à luz de todos os seus standards de incidência, isto é, à luz (1) de sua inclusão nos sentidos textuais possíveis da Constituição, (2) de sua compatibilidade material com a Constituição, (3) de tais propósitos serem os mais eficientes (entre opções semelhantes) para a obtenção de maior bem-estar social geral, (4) de a produção de tais consequências mais eficientes ser certa ou, no mínimo, bastante provável (do contrário não se justificaria a restrição aos direitos fundamentais), (5) de tais consequências positivas justificadoras da polícia ocorrerem simultaneamente a seu exercício ou, no máximo, num futuro próximo, (6) do fato de as alegadas razões de interesse público para o exercício da polícia estarem baseadas em razoável base empírica, (7) de tais razões de interesse público não se basearem em alegações fundacionais (dogmas, pressuposições acríticas, ‘verdades’), (8) de as justificativas para o exercício da polícia serem contextuais às circunstâncias de seu exercício.” (Direito Constitucional Econômico, editora Fórum, 2ª edição, 2018).

No seu repertório jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal possui julgados que servem de guia para trilhar o tortuoso caminho da ponderação de interesses. Como exemplo, a Corte realizou um balanceamento entre a proteção dos infantes e a liberdade de comunicação e de expressão, decidindo

que a classificação dos programas seja indicativa, com o controle realizado pelos próprios pais, e não pelo Estado de forma coercitiva.

Os aportes acima sustentam que a sociedade não pode abrir mão de um direito conquistado a duras penas no decorrer de muitas lutas históricas. A esse respeito, Rudolf Von Ilhering expunha sua inquietação nestes termos:

“Foi com essa concepção sobre a origem do direito que saí da universidade, e por muitos anos fiquei sujeito às suas influências. Não podemos deixar de reconhecer que, tal qual a língua, também o direito realiza uma evolução involuntária e inconsciente, ou, para usar uma expressão tradicional, uma evolução orgânica, que se processa de dentro para fora. No entanto, o poder desses dois fatores, ou seja, dos atos jurídicos e da ciência, é limitado. Sempre que o direito existente esteja defendido pelo direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se tenham corporificado em forma de direitos adquiridos. Sempre que isso acontece, cada uma das partes que se defrontam ostenta em seus estandartes a divisa da majestade do direito. Uma invoca o direito histórico, o direito do passado, e a outra, o direito sempre em formação e constantemente rejuvenescido, o direito inato da humanidade à contínua renovação. Encontramo-nos diante de um conflito intrínseco, contido na própria ideia do direito. E esse conflito assume proporções trágicas para aqueles que, depois de ter empenhado todas as suas forças e todo o seu ser em prol de uma convicção, veem-se condenados pelo julgamento supremo da história. Todas as grandes conquistas da história do direito, como a abolição da escravatura e da servidão, a livre aquisição da propriedade territorial, a liberdade de profissão e de consciência, só puderam ser alcançadas através de séculos de lutas intensas e ininterruptas. O caminho percorrido pelo direito em busca de tais conquistas muitas vezes está assinalado por torrentes de sangue, sempre pelos direitos

subjetivos pisoteados. (A Luta pelo Direito, editora Martin Claret, 2002, pág. 31).

Da mesma forma, Humberto Ávila faz uma observação cirúrgica:

“É indispensável, nesse tocante, que o Direito seja igual para todos. Mas não basta que seja substancialmente igual para todos se aquilo que prevê em abstrato não é aplicado de maneira uniforme a todos que se encontrem na mesma situação concreta. Desse modo, além de igual em seu conteúdo, deve o Direito ser também igual em sua aplicação. Por isso é que a Constituição preconiza igualdade tanto na lei quanto perante a lei. É também por isso que ela determina seja sua aplicação executada com isenção, imparcialidade e objetividade pelo intérprete. É por isso, ainda, que ela cuida não apenas de garantir a todos o devido processo legal, mas de estabelecer garantias individuais e estruturas institucionais a fim de que os julgadores possam exercer suas funções sem procurar nem poder atingir seus interesses pessoais, nem preservar os interesses de uma das partes ou da instituição de que são integrantes.” (Constituição, Liberdade e Interpretação, editora Malheiros, 2019, pág. 16).

Na visão de Pietro Perlingieri, que discorreu sobre o direito à correta informação:

“É preciso prever técnicas, regulamentos e controle para que a informação *de per se* útil, seja respeitosa da dignidade da pessoa e realmente pluralista. E seria de auspício que isso se realizasse também no âmbito de cada cabeçalho para que, sem perder a sua fisionomia, garantam no seu interno a confrontação com os outros e, em particular, com aqueles dos quais tenham diretamente ou indiretamente falado. Somente desse modo o poder de informação, não funcionalizado a

razões de Estado ou de grupos de pressão, pode encontrar a sua profunda justificação histórica, favorecendo a exigência primária da promoção humana.” (Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, editora Renovar, 2002, pág. 192).

De seu turno, Vicente Ráo discorreu sobre a diferença entre os sistemas jurídicos ocidentais e os sistemas totalitários, como o soviético. Na sua visão:

“De fato, os três sistemas, romano, germânico e anglo-americano, partem do pressuposto do respeito à personalidade humana e sua conseqüente liberdade, dentro dos limites impostos pela comunhão social; nesses sistemas, nem a sociedade, nem o Estado, isolados do homem, constituem o fim supremo do direito. O Estado intervém, pois, nas relações jurídicas particulares, mas não o deve fazer substituindo-se aos indivíduos, ou escravizando-os ao seu poderio. Nisso se distinguem os sistemas jurídicos positivos de cunho ocidental, do direito soviético, bem como de todos os sistemas totalitários, que, desconhecendo os direitos inerentes à personalidade humana, erigem o Estado em fim supremo do direito e do próprio homem.” (O Direito e a Vida dos Direitos, Vol. 1, editora RT, 3ª edição, 1991, pág. 151).

Já Eduardo Felipe Matias compara:

“Em outro caso conhecido, o empresário australiano Rupert Murdoch, dono da News Corp., teve de se curvar à vontade do governo chinês, que só admitiu que sua televisão por satélite entrasse naquele país quando ele assegurasse que essa não transmitiria as imagens da rede britânica BBC. Johnson e Post fazem uma observação interessante a respeito desse fenômeno: Por ser tão difícil controlar o fluxo de

elétrons através das fronteiras físicas, uma jurisdição local que procura impedir seus cidadãos de ter acesso a um material específico deve ou proibir todo o acesso a rede ou procurar impor sua vontade na rede como um todo. Este seria o equivalente moderno a um senhor feudal nos tempos medievais tentando evitar que o comércio de seda atravessasse as suas fronteiras. Ou seja, o controle do fluxo de informações na rede é praticamente impossível. E, se fosse possível, seria em muitos casos indesejável.” (A Humanidade e Suas Fronteiras, editora Paz e Terra, 2014. pág. 166).

A regulação das redes pode atingir não só direitos fundamentais dos usuários, mas também dos próprios empreendedores. Nesse sentir, as plataformas também possuem a liberdade de se expressar sobre temas que lhe digam respeito no discurso público.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet, citando André Ramos Tavares, leciona:

“Convém não esquecer, nesta perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos. Ainda no que diz com a fundamentação jurídico-constitucional do reconhecimento, por parte das pessoas jurídicas, da titularidade de direitos fundamentais, vale agregar, aos argumentos colacionados, a lição de Benito Aláez Corral, no sentido de que, em larga medida, os próprios grupos sociais (os entes coletivos) são o resultado do exercício, por parte do indivíduo, de determinados direitos fundamentais, como é o caso dos direitos de reunião e associação, cujo objeto somente pode ser assegurado de forma adequada se aos entes coletivos correspondentes for atribuída a titularidade de direitos fundamentais. (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, editora Livraria do Advogado, 2009, pág. 223).

Mais à frente, na mesma obra, o autor arremata:

“O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais.” (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, editora Livraria do Advogado, 2009, pág. 227).

A liberdade de expressão é classificada tradicionalmente como um direito civil, de cunho individual. No entanto, cresce na doutrina uma visão ampla desse direito, dada a necessidade moderna de suprir a sociedade com informações e opiniões diversas, transmudando-o em um direito difuso. Nesse sentido, Emerson Penha Malheiro e Guilherme Ferreira Rosseto publicaram o artigo “A liberdade de expressão como direito difuso” (RT, 2018). De seu turno, Fabrício Bastos aponta os vínculos subjetivos nos direitos difusos. Na sua visão, não se deve confundir uma mera circunstância de fato com a existência de um fato comum, pois naquela não existe uma coesão entre os membros da coletividade, já que não decorre de um vínculo precedente. (Curso de Processo Coletivo, 3ª edição, 2022, editora foco, pág. 71). Conclui-se que a definição atual de direito difuso comporta perfeitamente a liberdade de expressão na sociedade da informação.

Por fim, o jurista e professor da Universidade de Hamburgo Jan-Christoph Bublitz publicou um artigo em 2014 sobre a liberdade de pensamento na era da neurociência. O autor propõe quatro princípios para a interpretação da liberdade de pensamento e seus direitos irmãos, a liberdade religiosa e a liberdade de consciência. Segundo ele, a liberdade de pensamento é um direito que caiu no esquecimento, por tradicionalmente não haver meios de violá-la. No entanto, nos últimos anos, as intervenções da neurociência resgataram a relevância prática desse direito.

Sete anos depois da publicação do artigo, o autor retomou o assunto na obra “O Direito e a Ética da Liberdade de Pensamento - V. 1”, (na tradução do inglês, editora Palgrave Macmillan, 2021), publicada em coautoria com Marc Jonathan, onde discorrem sobre a liberdade de pensamento de forma aprofundada, destacando desde aspectos históricos (Sócrates) até os desenvolvimento tecnológicos mais recentes, como os chips neurais da Neuralink.

No livro os autores citam o juiz da Suprema Corte Americana Frank Murphy, o qual declarou que mesmo o governo mais tirânico é impotente para controlar o funcionamento interno da mente. Este entendimento está de acordo com o antigo adágio romano *cogitationis poenam nemo patitur* (nenhuma punição para o pensamento), que igualmente alicerça o direito penal moderno. Assim, a liberdade de pensamento, prevista no art. 18 da DUDH, prescindiria de proteção, ao passo que a liberdade de expressão, prevista no art. 19 da mesma declaração, necessitaria de uma forte estrutura protetiva.

Contudo, segundo os autores, essa realidade estaria se modificando, dado que os governos e corporações teriam meios de controlar os pensamentos em certa medida, por meio de avanços em drogas psicotrópicas e exames de ressonância magnética funcional (fMRI), tal como praticado extensivamente em estabelecimentos de custódia e detenção.

Em meio a essa nova realidade, os autores sustentam a necessidade de se criar um novo direito, chamado por eles de “liberdade cognitiva”, com um conteúdo mais abrangente que as tradicionais liberdades de pensamento, crença, consciência e expressão.

O tema desperta interesse por conta da atual prática de governos autoritários, como o da Coreia do Norte. Pesquisas indicam que praticamente toda a população do país acredita que o governo norte-coreano realmente descobriu a cura da AIDS. Muitos cidadãos norte-coreanos acham que o governo é capaz de decodificar de alguma forma seus pensamentos. Toda a mídia do país é estritamente controlada pelas autoridades, que obrigam a população a seguir a filosofia “junche”, surgida na resistência à colonização japonesa, que mescla elementos do marxismo e do confucionismo. Essa filosofia prega a autossuficiência do país, impondo sua separação e isolamento do resto do mundo.

O último relatório do HRW de 2022 acerca da situação das liberdades civis da população da Coreia do Norte mostrou os atos bárbaros praticados durante a pandemia. Segundo o relatório, o governo usou o pretexto de proteger a população contra a propagação da Covid-19 para impor um controle massivo sobre o pensamento, a locomoção e até a distribuição de alimentos no país, com práticas frequentes de execuções em massa e o envio de opositores políticos para campos de detenção secretos, chamados de “Kwanlliso”, o pior dos três tipos que existem no país.

A situação na Venezuela não é diferente. O último relatório da Anistia Internacional de 2022 sobre o país mostrou práticas massivas de perseguição a opositores e à liberdade de expressão. As grandes manifestações populares foram suprimidas com violência extrema, incluindo abuso sexual e execuções. Mesmo na ausência de manifestações populares, o governo mantém uma tática repressiva sistemática para silenciar a dissidência, criando leis com penas exorbitantes e aparelhando o judiciário. Em junho de 2022, por exemplo, houve a prisão de seis ativistas que participavam de uma vigília em Caracas em memória de Neomar Lander, adolescente assassinado em 2017 durante um protesto contra o governo. A Comissão Nacional de Telecomunicações, composta em sua maioria por policiais e militares, fechou 78 estações de rádio em 2022. Qualquer manifestação jornalística no país é reprimida com intimidação pessoal, censura e ataques verbais, podendo, não raras vezes, resultar em prisão e morte.

6-Liberdade de expressão no contexto filosófico

A filosofia da linguagem está ligada à filosofia analítica. Neste campo, existem teorias tradicionais, como a Teoria dos Usos e dos Atos de Fala, e teorias atuais, como as teorias de Significado Condicional à Verdade. Segundo os estudos de Frege, conhecemos o significado de uma palavra quando conhecemos o papel que ela desempenha em uma frase, e sabemos o significado de uma frase quando conhecemos as condições sob as quais ela seria verdadeira. Já os conexionistas veem uma interação dinâmica entre conjuntos de nódulos interconectados. Modernamente, o assunto é estudado por cientistas cognitivos.

As pesquisas atuais focam na sensibilidade ao contexto de expressões e sentenças, bem como no minimalismo semântico, que envolve o estudo dos pronomes. O tema é objeto de disputa entre contextualistas e minimalistas.

De outro lado, a prosódia de idiomas é estudada pela fonética e fonologia, para classificar aspectos sonoros, relacionados à forma de pronúncia e à entoação das palavras no discurso. A prosódia confere emoção à fala, distinguindo a comunicação escrita e falada, como o acento de insistência e a entoação expressiva. Fred Cummins, Félix Gers e Jürgen Schmidhuber publicaram um estudo em 1999 comparando a prosódia de dez idiomas, identificando similaridades que destacam o mandarim e o japonês

dos demais idiomas, incluindo o coreano, bem como aspectos distintivos do francês, que se difere dos demais, como o vietnamita, o inglês e o espanhol.

Na lição de Plínio A. Barbosa:

“Os exemplos apresentados na seção precedente evidenciam contrastes de estruturas sintáticas que têm direta implicação semântica, como no caso das duas interpretações possíveis da sentença ‘A ovelha de raça brasileira’. Essa ambiguidade se dá apenas na escrita, pois, quando a frase é enunciada conforme o contexto, não há margem de dúvida quanto a sua interpretação, como visto acima: a prosódia guia a interpretação correta da frase”. (Prosódia, editora Parábola, 2019, pág. 84).

Mais à frente o autor discorre:

“Lesões nas áreas encefálicas responsáveis pelo processamento prosódico geral déficits tanto na produção quanto na percepção dos componentes melódicos e rítmicos da fala. O termo disprosódia refere-se às consequências, para a prosódia, de problemas no controle e na execução dos sistemas responsáveis pela produção da fala: respiratório, laríngeo e supralaríngeo, além da percepção da prosódia. Há autores que mencionam também problemas com a prosódia afetiva”. (Prosódia, editora Parábola, 2019, pág. 93).

Na visão de Ulrich Beck, escrevendo em 1986:

“A seguir, o seguinte raciocínio será de saída crucial: se antigamente importavam os perigos definidos externamente (deuses, natureza), o caráter historicamente inédito dos riscos funda-se atualmente em sua simultânea construção científica e social, e isto num sentido triplo: a ciência se converte em causa (entre outras causas concorrentes), expediente

definidor e fonte de soluções em relação aos riscos e, precisamente, desse modo, conquista novos mercados de cientificização. No revezamento entre riscos coproduzidos e codefinidos e sua crítica pública e social, o desenvolvimento científico-tecnológico se torna contraditório. (Sociedade de Risco, editora 34, 2010, pág. 235).

Em entrevista realizada em 2010, o sociólogo comenta sobre o uso que fez do termo *brasilianização do ocidente* em suas obras mais recentes:

“Invertendo o julgamento de Marx, poderíamos dizer (com Shalini Randeria) que muitas partes do mundo em desenvolvimento hoje em dia são capazes de mostrar à Europa a imagem do seu próprio futuro. Isso é verdade se levarmos em conta aspectos como o desenvolvimento de sociedades multirreligiosas, multiétnicas e multiculturais; os modelos interculturais e a tolerância à diferença cultural; o pluralismo jurídico; e a multiplicação de soberanias. (Sociedade de Risco, editora 34, 2010, pág. 372)

Os dezenove fragmentos do livro "Da Natureza", de Parmênides, ordenados por H. Diels, cobrem as três partes em que o poema se divide: proêmio, que descreve a viagem do jovem ao encontro da deusa, de quem lhe vêm os ensinamentos, e fixa as palavras de acolhimento que esta lhe dirige; a "Via da Verdade", que desenrola a argumentação da deusa em torno do ser; a "via da opinião", que estabelece as condições de transmissão das opiniões dos mortais.

No início de sua obra, Parmênides escreveu os seguintes versos:

“Ó jovem, acompanhante de aurigas imortais, tu que chegas até nós transportado por corcéis, Salve! Não foi um mau destino que te induziu a viajar por este caminho - tão fora do trilho dos homens -, mas o Direito e a Justiça”. (Da Natureza, Edições Loyola, 2013, pág. 49).

Na peculiar análise de Andrei Gabriel Pleșu:

“Uma primeira observação quanto à situação do Wissenschaftskolleg seria que vivemos num mundo de globalização, em que as distâncias espaciais e culturais diminuem visivelmente, mas isto não exclui a ignorância dos fundamentos intelectuais e sociais do outro; ao contrário, amplia o aspecto irracional desta ignorância. Podes chegar relativamente rápido a Bangkok, podes ter relações políticas ou comerciais com Bangkok, mas podes fazê-lo sem passares além do pitoresco turístico. Entre a globalização e a cultura geral instala-se, de maneira paradoxal, uma relação de proporcionalidade inversa. Quanto mais facilmente nos encontramos, tanto menos nos conhecemos. Assistimos a uma mudança substancial de sentido do conceito de tolerância. Ele já não designa aceitação do outro, da opinião diferente, mas pura e simplesmente ignorância da opinião diferente. Disso resulta que não tenho necessidade de te entender para te aceitar e que não tenho necessidade de discutir contigo para te dar razão. O senhor tem direito à opinião do senhor. Respeito-a. Eu tenho direito a minha opinião e espero que ela seja respeitada. É inútil a dialética. A tolerância recíproca termina numa mudez universal, sorridente, pacífica, uma mudez porque o diálogo é uma interferência radiofônica indesejável. Nessas condições a tolerância tem efeitos mais que discutíveis: ela amputa o apetite por conhecimento, de compreensão real da alteridade, e dinamita a necessidade de debater. Num mundo governado por tais regras, Sócrates ficaria desempregado. Não se encontra nenhuma verdade, não se faz nenhum raciocínio. Não se exige senão que respeitemos, educados, as convicções do interlocutor. (Da Alegria no Leste Europeu e na Europa Ocidental e Outros Ensaios, Realizações Editora, 2013, pág. 71).

Segundo Francis Bacon, citado por Hilton Japiassu:

“Os ídolos e as noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se encontram implantados, não somente o obstruem, a ponto de tornar-se difícil o acesso à verdade, mas podem aparecer como obstáculos à própria instauração das ciências; a não ser que os homens, já prevenidos contra eles, tomem o maior cuidado. São quatro os tipos de ídolos que bloqueiam a mente humana. Há também os ídolos provenientes do intercurso e da associação recíproca dos indivíduos do gênero humano entre si, a que chamamos de Ídolos do foro, devido ao comércio ou consórcio entre os homens. Com efeito, os homens se associam graças ao discurso, e as palavras são cunhadas pelo vulgo. E as palavras, impostas de modo inadequado e inepto, bloqueiam espontaneamente o intelecto. As palavras forçam o intelecto e o perturbam por completo. E os homens são, assim, arrastados a inúmeras e inúteis controvérsias e fantasias. (Francis Bacon: O profeta da Ciência Moderna, editora Letras & Letras, 1995, pág. 126).

Na visão de Max Weber:

“Pouco sucesso pode ser obtido por meio da ameaça de coação que apoia a ordem jurídica. Isso se aplica especialmente à esfera econômica devido a um número de circunstâncias externas e a sua própria natureza peculiar. O poder do direito sobre a conduta econômica vem, em vários aspectos, diminuindo se comparado com as condições do passado. A eficácia de regulamentações de preço máximo, por exemplo, sempre foi precária; mas sob as condições presentes, há uma chance ainda menor de sucesso. (O Direito na Economia e na Sociedade, Ícone Editora, 2011, pág. 51).

Discorrendo sobre os tipos puros de dominação, o mesmo autor arremata:

“A validade de um poder de mando pode se expressar, em primeiro lugar, em um sistema de regras racionais feitas de modo consciente (que pode tanto ser aceito quanto imposto a todos) que resulta na obediência como normas geralmente obrigatórias sempre que tal obediência for reivindicada por quem designa as regras. No entanto, a validação de um poder de mando também pode repousar sobre a autoridade pessoal. Tal autoridade pode, por sua vez, se fundamentar na sacralidade da tradição, isto é, no que é habitual e prescreve obediência a determinados tipos de pessoas. Ou, ainda, pode se fundamentar em um argumento completamente oposto, ou seja, render-se ao extraordinário, à crença no carisma, isto é, na real revelação ou na graça repousante sobre tal pessoa que é então considerada um salvador, profeta ou herói. (O Direito na Economia e na Sociedade, Ícone Editora, 2011, pág. 311).

Para David Hume:

“Não há método mais comum de raciocinar - e não obstante nenhum mais censurável - do que refutar as hipóteses nas discussões filosóficas sob o pretexto de conterem perigosas consequências para a religião e a moral. Quando uma opinião conduz ao absurdo, é certamente falsa, mas não é evidente que uma opinião seja falsa porque suas consequências são perigosas. Devem-se evitar totalmente tais lugares-comuns, pois eles em nada auxiliam na descoberta da verdade, servindo apenas para tornar odiosa a pessoa de um adversário. (Investigação Sobre o Entendimento Humano, editora Escala, pág. 109).

Segundo John Stuart Mill, defensor histórico da liberdade de expressão:

“Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma determinada opinião, e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciar aquela pessoa do que ela, se tivesse o poder de silenciar a humanidade. Se uma opinião fosse uma posse pessoal de nenhum valor, exceto para seu dono; se impedir seu desfrute fosse simplesmente um dano privado, faria alguma diferença quer o dano fosse infligido a apenas algumas pessoas ou a muitas. Mas o mal peculiar de silenciar a expressão de uma opinião é do que se está pilhando a raça humana; a posteridade assim como a geração existente; aqueles que discordam da opinião, ainda mais do que aqueles que a detêm. Se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de se trocar o erro pela verdade; se errada, eles perdem, o que é quase como um grande benefício, a percepção mais clara e a mais vívida expressão da verdade produzida por seu choque com o erro. (Ensaio Sobre a Liberdade, editora Escala, pág. 36).

Em “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, no “capítulo XIII: Casos em que não cabe punir”, Jeremy Bentham pontua:

“O objetivo geral que caracteriza todas as leis - ou que deveria caracterizá-las - consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso. Acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade - se tal princípio tiver que ser admitido -, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior. É evidente, portanto, que não se deve infligir punição nos casos a seguir enumerados:

Quando não houver motivo para a punição, ou seja, quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser pernicioso; Quando a punição só pode ineficaz, ou seja, quando a mesma não pode agir de maneira a evitar o prejuízo; Quando a punição foi inútil ou excessivamente dispendiosa, no caso de o prejuízo produzido por ela ser maior do que o prejuízo que se quer evitar; Quando a punição foi supérflua, o que acontece quando o prejuízo pode ser evitado - ou pode cessar por si mesmo - sem a punição, ou seja, por um preço menor.” (Jeremy Bentham e John Stuart Mill: Os Pensadores, editora Abril Cultural, 1979, pág. 59).

Além da Inglaterra, também na Europa continental houvera valiosos contributos para a liberdade dos cidadãos, como na França, Itália e Alemanha, em diferentes períodos históricos.

Como declarou Rousseau em “O Contrato Social”, Maquiavel, fingindo dar lições aos príncipes, deu grandes lições ao povo. De fato, em sua obra O Príncipe, constam numerosos ensinamentos para defesa do povo ao arbítrio estatal, cujas lições podem ser transpostas aos dias de hoje, a exemplo do Capítulo IX: Do Principado Civil; Capítulo XV: Das razões por que os príncipes são censurados; e capítulo XIX: Como o príncipe deve evitar ser odiado. Da mesma forma, as reflexões de Montesquieu em mais de duas décadas de viagens e pesquisas, compiladas na obra O Espírito das Leis, fornece uma referência atemporal para a liberdade da população, incluindo a liberdade de expressão na sua concepção atual, a exemplo do Livro II, capítulo V: Das leis relativas à natureza do estado despótico; Livro V, capítulo V: Como as leis estabelecem a igualdade na democracia; Livro VI, capítulo I: Da simplicidade das leis civis nos diferentes governos; Livro XI, capítulo III: O que é liberdade; e, destacadamente, o Livro XII, capítulo XX: Das leis favoráveis à liberdade dos cidadãos na república.

Hegel viveu sob o autoritarismo do governo prussiano, que albergava porções da Alemanha e Áustria. No livro “Filosofia do Direito” (§ 319), ele discorre sobre a liberdade de expressão. Para ele, um estado moderno requer essa liberdade. No entanto, ele enxerga que as opiniões genuínas baseadas nas verdadeiras necessidades da sociedade podem ser distorcidas por opiniões baseadas em sentimentos, e não na razão. Assim, a opinião pública merece

ser respeitada tanto quanto ser desprezada. Percebe-se que ele não defendia uma liberdade de expressão ilimitada, justificando leis que proibissem tanto a incitação à rebelião e à violência, quanto as difamações ao soberano. Conclui, no entanto, que se o estado não fosse censurável, tendo uma constituição, um governo estável e reuniões públicas da Assembleia, poder-se-ia permitir aos cidadãos se manifestarem livremente. Nestas circunstâncias, os censores não precisariam interferir com frequência.

Segundo o raciocínio de Hegel:

“Cada um deve falar a verdade. Nesse dever que se enuncia como incondicionado vai-se logo admitir a condição: se souber a verdade. O mandamento, pois, será agora assim enunciado: cada um deve falar a verdade, sempre segundo seu conhecimento e convicção a respeito dela. A sã razão, justamente essa consciência ética que sabe imediatamente o que é justo e bom, explicará também que essa condição já estava de tal modo unida à sua máxima universal que ela sempre assim entendeu aquele mandamento. Mas dessa maneira admite que, de fato, ao enunciar a máxima já a infringe, imediatamente. Dizia: cada um deve falar a verdade; mas entendia: de acordo com seu conhecimento e convicção sobre ela. Isto é, falava uma coisa e entendia outra; ora, falar diversamente do que se entende, significa não falar a verdade. Uma vez corrigida a inverdade ou a inabilidade, a máxima agora assim se exprime: Cada um deve falar a verdade conforme o conhecimento e a convicção que dela tenha em cada caso. Com efeito: que a verdade deva ser dita, depende de uma contingência: se é que eu conheço; se é que estou convencido a respeito. Assim não se enuncia nada mais do que isto: que se deve dizer o verdadeiro e o falso misturados, conforme suceda que alguém os conheça, entenda ou conceba.” (Fenomenologia do Espírito, Editora Vozes, 9ª edição, 2014, pág. 289).

De seu turno, falar de liberdade em Heidegger contém um paradoxo intrínseco, já que ele exerceu o cargo de reitor da Universidade de Friburgo entre 1933 e 1934, tendo endossado o regime hitlerista.

A própria ontologia da liberdade implica um paradoxo, uma vez que aquela implica uma negação da livre escolha humana.

Heidegger tinha uma grande aversão à condição caótica que havia se tornado a república de Weimar em seu período final. No entanto, ele revelou uma grande ingenuidade política. Muitos alegam, porém, que sua obra transcende sua biografia, apesar de ele não ter elaborado nenhuma teoria política.

Na visão de Heidegger:

“A comunicação de enunciados, por exemplo, a reportagem, é um caso especial de comunicação, apreendida fundamentalmente como existencial. Nela se constitui a articulação da convivência que compreende. É ela que cumpre a partilha da disposição comum e da compreensão do ser-com. Comunicação nunca é a transposição de vivências, por exemplo, de opiniões e desejos, do interior de um sujeito para o interior de outro sujeito. A copresença já se revelou essencialmente na disposição e compreender comuns. (Ser e Tempo, Editora Vozes, 10ª edição, 2006. Pág. 225).

Para Hannah Arendt:

“É um dado histórico o de que a moderna tecnologia tem suas origens não na evolução daquelas ferramentas que o homem sempre havia inventado para o duplo propósito de facilitar seu trabalho e de erigir o artifício humano, mas exclusivamente na busca completamente não prática de conhecimento inútil. Se tivéssemos de confiar somente nos chamados instintos práticos dos homens, jamais teria havido qualquer tecnologia digna de nota.” (A Condição Humana, 11ª edição, editora Forense Universitária, 2011, pág. 361).

Na observação de Arendt se encaixam as principais tecnologias aqui tratadas, que advieram após seus escritos, como o microprocessador, o computador pessoal, a internet e as mídias digitais. De fato, a miniaturização do transistor foi feita por simples espírito lúdico, mais como uma brincadeira inútil do que por instinto prático.

Modernamente, Peter Sloterdijk arremata:

“Para teóricos liberais da era industrial a revelação de que a aliança entre sociedade industrial e democracia não é absolutamente tão indissociável quanto querem os ideólogos ocidentais, há algum tempo oferece motivo para irritação e preocupação. Gostaria de expressar a suposição de que a separação dos pseudogêmeos democracia e capitalismo é algo completamente diferente da mera introdução de parlamentos e eleições livres em certos Estados africanos, asiáticos e sul-americanos. Constituem obstáculo para uma democratização no sentido ocidental, em muitos países não europeus em vias de industrialização ou industrializados, as maciças relíquias de culturas que, de acordo com sua característica básica, obedecem a princípios da era agrária ou ainda mais antigos.” (No Mesmo Barco: Ensaio sobre a Hiperpolítica, editora Estação Liberdade, 2ª edição, 1999, pág. 83).

Certamente, incluem-se entre as relíquias de culturas agrárias, de que fala Sloterdijk, a procura por silenciar opositores nas mídias digitais por meio da lei e suas punições, em tudo similar ao que ocorria no período do coronelismo no Brasil. Só mudaram as evasivas: o que antes era justificado pela manutenção da ordem pública, hoje é respaldado pela proteção das crianças, desinformação e discurso de ódio.

Combatendo o marxismo hegeliano e outras ideologias totalitárias, Thomas Mann lançou o livro “A Montanha Mágica” em 1924, com calorosos debates entre os personagens Settembrini e Leo Naphta, o primeiro representando o humanismo e o segundo as doutrinas radicais do período. Na obra, o autor faz uma metáfora com a temperatura do protagonista, de 37,6° C, nem saudável nem doente, representando a falta de clareza dos debates

políticos e ideológicos da época. No capítulo VI, com o título “Neve”, o autor busca um acordo entre as duas posições, quando o protagonista chama ambos os personagens citados acima de pedagogos. A defesa de Mann do humanismo e da liberdade em face das ideias totalitárias teve como base os escritos de Nietzsche, bem como suas reflexões pessoais após a primeira guerra mundial, que o fizeram mudar de opinião acerca da República de Weimar. De fato, o personagem Leo Naphta diz que os jovens seriam mais propensos à obediência do que à liberdade, pressagiando as violentas doutrinas místicas que formariam a base ideológica do nazi-fascismo, que despontaram com vigor uma década depois do lançamento do livro.

No filme “A Montanha Mágica”, de 1982, baseado na obra sobredita, o personagem Naphta se suicida em um duelo com o humanista Settembrini. Por sua vez, no filme “The Cure of Wellness”, de 2016, também baseado na mesma obra, os pacientes são usados como filtros humanos para a água curativa, utilizando assim os mesmos recursos metafóricos amplamente adotados por Thomas Mann em suas obras.

De seu turno, Robert Musil escreveu o livro “O Homem Sem Qualidades” durante 21 anos, falecendo em 1942 sem concluí-lo. O autor deixou milhares de páginas e rascunhos para finais e começos alternativos do livro. Na parte II, a obra fornece um panorama dos processos políticos e culturais que contribuíram para a eclosão da primeira guerra mundial, fazendo uma sátira do império Áutro-Húngaro, que foi dissolvido ao fim da guerra.

Em uma coluna no *The New York Times* publicada em 14/05/1995 com o título “A História Sem Fim”, Michael Hofmann escreveu: “de todos os grandes romancistas europeus do primeiro terço do século - Marcel Proust, James Joyce, Franz Kafka, Thomas Mann, Virginia Woolf -, Robert Musil é de longe o menos lido; e, no entanto, ele é tão elegante quanto Gibbon, tão mordaz quanto Voltaire, tão espirituoso quanto Oscar Wilde e tão indecente quanto Arthur Schnitzler”. Já Roger Kimball descreveu o livro de Musil como uma das grandes obras modernas de sátira.

No início da obra, no capítulo 8 da primeira parte, Musil descreve seu país: “A Constituição era liberal, mas o regime era clerical. O regime era clerical, mas se vivia de forma liberal. Todos os cidadãos eram iguais perante a lei, mas nem todos eram cidadãos. Havia um parlamento que fazia tamanho uso de sua liberdade, que habitualmente o mantinham fechado; mas também havia um parágrafo de exceção, com ajuda do qual passavam sem o

parlamento, e quando todos já estavam contentes com o absolutismo, a Coroa invariavelmente determinava a volta do regime parlamentar”. Mais à frente, no capítulo 111 da segunda parte, ele sentencia: “As leis que deviam ser reformadas existiam desde 1852, tratava-se, portanto, de coisa muito antiga, que não se podia substituir levemente por outra. Aliás, a organização estática do direito não pode seguir todos os saltos de pensamento da moda intelectual de cada época”.

Sobre a influência das ideologias na elaboração de leis, Kelsen discorreu em 1934, no prefácio à primeira edição da obra “Teoria Pura do Direito”:

“Os fascistas qualificam-na de liberalismo democrático, os democratas liberais ou socialistas consideram-na precursora do fascismo. Pelos comunistas é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, pelos capitalistas-nacionalistas é desqualificada, classificando-se ora como grosseiro bolchevismo, ora como disfarçado anarquismo. O seu espírito é - muitos afirmam - semelhante ao da escolástica católica, ao passo que outros, por sua vez, crêem reconhecer nela nítidas características de uma teoria evangélica do Estado e do Direito, não faltando também os que pretendam estigmatizá-la com o traço do ateísmo. Em resumo, não há nenhuma orientação política que não tenha qualificado de suspeita a Teoria Pura do Direito, o que, aliás, lhe demonstra a pureza, melhor do que ela própria poderia fazê-lo”.

Mais à frente, Kelsen pondera:

“Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isso está longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo o espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e à teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode

melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde”.

Por fim, ele diz:

“Justamente por sua tendência anti-ideológica é que a Teoria Pura do Direito se manifesta como verdadeira ciência do direito. Toda ideologia tem sua raiz na vontade, não no conhecimento, mas originada em determinados interesses, ou melhor, no interesse pela verdade; diante do que, naturalmente, nada se deve dizer sobre o valor ou a dignidade desses outros interesses. Novamente o conhecimento rasgará o véu que a vontade e as circunstâncias criaram. A autoridade, que cria o direito e que, por isso, procura mantê-lo, pode indagar se um conhecimento, livre de ideologia, pode servir ao objeto criado; e também às forças, que perturbam a ordem existente procurando substituí-la por outra melhor, não podem, através de tal conhecimento jurídico, saber muita coisa. Uma ciência do direito não pode preocupar-se nem com uma nem com outra. Tal ciência do direito será a Teoria Pura do Direito.” (Teoria Pura do Direito, editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2010, pág. 82).

7-Conclusão

A liberdade de expressão sem limites pode ser trágica. O genocídio em Ruanda em 1994 foi insuflado em grande medida pelo rádio, em decorrência da completa falta de controle dos que os rebeldes propagavam.

Essa liberdade sem limite pode desencadear lavagens cerebrais e levar a ações irracionais. Como exemplo, em 2023 foram encontrados 201 corpos na floresta de Shokahola, no Quênia. Todas essas pessoas foram levadas ao

suicídio por asfixia e inanição, seduzidas por uma crença apocalíptica de uma seita liderada por Paul Mackenzie, que foi preso.

No entanto, ações altruístas visando a proteção de vulneráveis podem esconder objetivos escusos. A regulação das novas tecnologias, que possibilitam uma ampla liberdade de pensamento e expressão, geram desconfiança, tendo em vista que propagam objetivos de combate à desinformação e ao discurso de ódio, além da proteção de crianças, como subterfúgios para silenciar opositores políticos.

Para acomodar o interesse consensual de proteção da criança ou defesa nacional, sem dar margem a perseguições políticas, a regulação deve ser construída de forma inteligente, sem brechas legais para a prática de abusos contra a liberdade de expressão no seio da sociedade.

O argumento de que a regulação da liberdade de expressão nas redes sociais é necessária para garantir o próprio exercício da liberdade de expressão, equivale a uma cobra engolindo o próprio rabo. Não passa de um artifício retórico para silenciar vozes contrárias.

Aos olhos da Constituição não existem direitos abstratamente absolutos. Todos os direitos devem acomodar pressões de outros direitos de mesma fundamentalidade, tornando-os circundados por restrições. No entanto, o núcleo da liberdade de expressão como direito fundamental é intangível, não podendo ser atacado pela regulação das redes.

Afinal, uma restrição a um buzinaço como manifestação política nas proximidades de um hospital em funcionamento é plenamente justificável, à luz da proporcionalidade. Contudo, uma lei que conceda carta branca ao governo pode fazê-lo proibir um tuitaço, por causar tumulto nas redes, sob o argumento de que estaria prejudicando sua utilização pelos demais usuários.

Importante destacar que a verdade como categoria política deve observar um tratamento flexível, a exemplo do tratamento da verdade no campo científico. Uma alegoria com a física moderna pode ilustrar esse pensamento.

Segundo os físicos, o Universo começou opaco, com matéria muito densa, tornando-se transparente com o decorrer do tempo, o que possibilitou sua investigação, com a análise de objetos distantes. Logo após o big bang, toda a matéria estava ionizada. O hidrogênio não tinha elétrons. A expansão do Universo foi seguida de seu esfriamento, o que permitiu que elétrons se combinassem com prótons, após 379 mil anos. Posteriormente, ocorreu uma

reionização. Atualmente, ainda existem resquícios de gás ionizado, como plasmas, mas a expansão reduziu drasticamente a densidade do Universo, permitindo a sondagem da radiação provinda de quasares.

Bradley W. Carrol e Dale A. Oselie discorrem sobre a expansão do Universo no capítulo 27.2 da obra “Uma Introdução à Astrofísica Moderna” (traduzido do inglês, Cambridge University Press, 2ª edição, 2017, pág. 1.052). Por sua vez, no livro “Introdução à Cosmologia” (traduzido do inglês, Cambridge University Press, 2ª edição, 2016) Barbara Ryden discorre sobre o processo de reionização do hidrogênio no capítulo 12.2. No capítulo 9.5 trata sobre a assimetria entre bárions e antibárions, e no capítulo 5.5 discorre sobre o modelo Benchmark do Universo, que o considera espacialmente plano.

Sobre o tema, Kepler de Souza Oliveira Filho e Maria de Fátima Oliveira Saraiva lecionam que o termo recombinação não seria adequado, já que os elétrons e prótons estavam se combinando pela primeira vez. Segundo os autores: “Logo após a recombinação temos a época do desacoplamento da radiação com a matéria, uma vez que quando os elétrons e prótons combinam-se, o Universo se torna muito menos opaco.” (Astronomia & Astrofísica, Livraria da Física, 4ª edição, 2017, pág. 701).

Em outra parte da obra os autores ponderam: “Apesar da descoberta da expansão do Universo, muitos pesquisadores acreditavam na teoria do estado estacionário, isto é, que o Universo era similar em todas as direções e imutável no tempo, com produção contínua de matéria para contrabalançar a expansão observada, mantendo a densidade média constante” (Astronomia & Astrofísica, Livraria da Física, 4ª edição, 2017, pág. 646).

De fato, em 1929, dez anos após a comprovação da Relatividade Geral, Hubble observou que as galáxias estavam se afastando da Terra com velocidades proporcionais às suas distâncias. Quanto mais distantes, maior era a velocidade de afastamento. Essa descoberta deu início a um embate que envolve o princípio cosmológico e a constante cosmológica, que já perdura por quase um século.

Na obra “Cosmologia Física do Micro ao Macro Cosmo e Vice-Versa” (Livraria da Física, 2011) Jorge Horvath, German Lugones, Marcelo Porto, Sérgio Scarano e Ramachrisna Teixeira expõem em linguagem simples os problemas em aberto da cosmologia no capítulo 16.

Na ausência de observações e dados experimentais conclusivos, alguns físicos têm recorrido a posturas radicais. Outros procuram alterar o formalismo matemático, aplicando-o ao mesmo conjunto de dados. Como exemplo, Lucas Lombriser publicou em 2023 o artigo “Cosmologia no Espaço de Minkowski” (traduzido do inglês), onde relata a dificuldade de solucionar enigmas físicos, como o problema da constante cosmológica, matéria e energia escuras, inflação cósmica e a assimetria entre matéria e antimatéria.

No que toca à constante cosmológica, por exemplo, as galáxias distantes têm um desvio para o vermelho mais alto do que as mais próximas, indicando uma expansão acelerada do universo, e não em velocidade constante conforme a medida da radiação cósmica de fundo. No entanto, estas observações diferem das previsões feitas na física de partículas, que são baseadas em estimativas quânticas, em nada menos que 120 ordens de magnitude.

De outro turno, a matéria e a energia escuras também representam um grande mistério físico. Há robustas evidências indiretas de sua existência, mas sua observação direta não é possível, uma vez que elas não interagem com a luz. A matéria bariônica, por outro lado, que é a matéria que podemos detectar, possui uma grande assimetria entre bárions e antibárions, estes últimos constituídos por antiquarks, o que também impacta em uma explicação plausível da inflação cósmica no Universo primordial.

Discrepâncias entre as estimativas e as observações também povoam as medições das lentes gravitacionais. Segundo Lombriser, todas essas inconsistências subjacentes levaram alguns cientistas a proporem uma nova física, com correntes defendendo até mesmo a superação do Modelo Padrão da Física de Partículas.

O autor procurou contornar as inconsistências com uma abordagem menos radical, procedendo a uma reformulação matemática, já que as mudanças no formalismo não afetam as medições físicas.

Para tanto, escolheu a geometria do espaço de Minkowski, uma métrica plana e estática, assim como a métrica da Relatividade Especial e da Teoria Quântica de Campos. Na sua visão, o universo não está se expandindo, mas é plano e estático. O desvio para o vermelho, que fundamenta uma expansão acelerada, seria explicado pela evolução das massas das partículas ao longo do tempo, como os prótons e elétrons. Essa abordagem não apenas contorna o problema da constante cosmológica, como dá uma “luz” à natureza

da matéria e energia escuras, por meio de uma flutuação do campo de axiões, uma partícula hipotética. Nesse modelo, o efeito da energia escura, uma força hipotética que afasta as galáxias cada vez mais rápido, seria explicado pelas massas das partículas tomando um caminho evolutivo diferente em momentos posteriores do universo. As massas de partículas estariam em evolução, divergindo e convergindo com a idade do universo.

Para o autor, a cosmologia minkowskiana, ainda que plana, pode ser conciliada com a curvatura espacial, por meio de transformações nas coordenadas tensoriais. As ondas gravitacionais podem ser explicadas como oscilações na escala de massa, comprimento e tempo. Alternativamente, essas distorções podem ser interpretadas como variações da velocidade da luz, da constante de Plank e do acoplamento gravitacional.

O mesmo conjunto de dados deve ser calibrado com base no referencial terrestre, solar e até galáctico, tendo em conta que as observações são realizadas na nossa região do Universo, levando em consideração a idade do Universo tal como se nos apresenta, o que impacta na densidade. Deve ser considerado o viés de massa, já que massas inferidas por lentes são maiores que as inferidas cinematicamente, a exemplo da massa de aglomerados de galáxias distantes.

O artigo de Lombriser finda por conjecturar a aplicação da cosmologia minkowskiana aos buracos-negros, mediante o mesmo raciocínio de transformação de coordenadas, e na gravidade teleparalela, uma teoria proposta inicialmente por Einstein, que buscou unir o eletromagnetismo e a gravidade, e que ganhou grande popularidade no meio científico nos últimos anos, havendo várias teorias “paralelas” do teleparalelismo na literatura científica, todas propondo modificações da teoria original. Apesar de conjecturar essa possibilidade quanto aos buracos-negros, o autor não se dispôs a enfrentar o desafio, instigando pesquisas futuras que o façam.

Muito embora o esforço e a originalidade do autor no artigo acima, suas conclusões carecem de observações conclusivas. Em 2022, a prestigiosa publicação *The Astrophysical Journal* publicou um estudo robusto com uma conclusão oposta, destacando que o Universo estaria se expandindo mais rápido do que o previsto, com base em um conjunto de dados de 42 explosões estelares distintas, mais que o dobro da segunda maior análise do gênero.

No entanto, a discrepância de 120 ordens de grandeza entre as medições da cosmologia e da física de partículas ainda exigirão muitas pesquisas futuras. Esse fato leva a uma flexibilização da verdade na natureza.

A verdade na ciência da cosmologia, assim como nos estudos sobre a consciência, talvez nunca seja alcançada. Trata-se de um ensinamento que deve ser transposto para o campo político, não cabendo limitações à liberdade de expressão com base em argumentos de pós-verdade e desinformação. Noções particulares da verdade são vinculadas ao ego, não representando uma unanimidade pública. A humildade que as duas áreas da ciência citadas acima impuseram recentemente à comunidade científica deve servir de exemplo para o debate político atual.

Referências

Andrei Gabriel Pleșu, *Da Alegria no Leste Europeu e na Europa Ocidental e Outros Ensaio*, Realizações Editora, 2013.

Anthony Everitt, *A Ascensão de Atenas*, editora Crítica, 2016

David Hume, *Investigação Sobre o Entendimento Humano*, editora Escala, 2012.

David Sumpter, *Dominados pelos Números*, editora Bertrand Brasil, 2019.

Eduardo Felipe Matias, *A Humanidade e Suas Fronteiras*, editora Paz e Terra, 2014.

Edward H. Levi, *Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico*, editora Martins Fontes, 2005.

Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Publishing, 7ª edição, 2023.

Frederick Cooper e Jane Burbank, *Impérios: Uma Nova Versão da História Universal*, editora Crítica, 2019.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Saraivajur, 16ª edição, 2021.

Hannah Arendt, *A Condição Humana*, 11ª edição, editora Forense Universitária, 2011.

Herbert Lionel Adolphus Hart, *O Conceito de Direito*, editora Martins Fontes, 2018.

- Humberto Ávila, *Constituição, Liberdade e Interpretação*, editora Malheiros, 2019.
- Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, editora Livraria do Advogado, 2009.
- James Marshall, *Espadas e Símbolos*, editora Revista dos Tribunais, 2008.
- Jeremy Bentham e John Stuart Mill: *Os Pensadores*, editora Abril Cultural, 1979.
- John Locke, *Segundo Tratado Sobre o Governo*, editora Martin Claret, 2002.
- John Milton, *Areopagítica: Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, Topbooks, 1999.
- John Stuart Mill, *Ensaio Sobre a Liberdade*, editora Escala, 1986.
- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, editora Malheiros, 30ª edição, 2008.
- José Vicente Santos de Mendonça, *Direito Constitucional Econômico*, editora Fórum, 2ª edição, 2018.
- LLoyd L. Weinreb, *A Razão Jurídica*, editora Martins Fontes, 2008.
- Marie Arana, *Bolívar: O Libertador da América*, editora Três Estrelas, 2015.
- Martin Gilbert, *A História do Século XX*, editora Crítica, 2016.
- Mary Beard, *SPQR - Uma História da Roma Antiga*, editora Crítica, 2ª edição, 2020.
- Max Weber, *O Direito na Economia e na Sociedade*, Ícone Editora, 2011.
- Patrícia Peck Garrido, *Direito Digital*, editora Saraiva, 7ª edição, 2021,
- Peter Sloterdijk, *No Mesmo Barco: Ensaio sobre a Hiperpolítica*, editora Estação Liberdade, 2ª edição, 1999.
- Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, editora Renovar, 2002.
- Rudolf Von Ilhering, *A Luta pelo Direito*, editora Martin Claret, 2002.

Uadi Lammêgo Bulos, Curso de Direito Constitucional, 12^a Edição, Saraivajur, 2019.

Vicente Ráo, O Direito e a Vida dos Direitos, Vol. 1, editora RT, 3^a edição, 1991.

O ENTRECHOQUE ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDITOS E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO JÚRI

Resumo: o presente trabalho analisa os recentes entendimentos dos tribunais superiores sobre os limites da soberania dos vereditos emitidos pelo conselho de sentença, bem como sua conciliação com o dever de prestação jurisdicional dos tribunais na apreciação recursal. Para tanto, fez-se uso do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Observa-se uma tendência de alargar a margem de apreciação dos tribunais incidente sobre as decisões tomadas no tribunal do Júri, tanto na primeira quanto na segunda fases, a fim de evitar arbitrariedades. No entanto, as premissas agasalhadas pelos precedentes dos tribunais superiores contêm imprecisões metodológicas que necessitam ser dissecadas, visando ao contínuo aprimoramento do debate e da prática do júri no Brasil.

Palavras-chave: Soberania dos vereditos. Íntima convicção. Apelação. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Dever de prestação jurisdicional. STJ. STF. TJCE. Nulidade do Júri.

Abstract: The present work analyzes the recent understandings of the superior courts on the limits of the sovereignty of the verdicts issued by the sentencing council, as well as their conciliation with the jurisdictional duty of the courts in the appellate review. For that, the deductive method was used, with bibliographic research in doctrinal and jurisprudential sources. There is a tendency to widen the discretion of the courts on decisions taken by the Jury, both in the first and second stages, in order to avoid arbitrariness. However, the premises covered by the precedents of the superior courts contain

methodological inaccuracies that need to be dissected, aiming at the continuous improvement of the debate and the practice of the jury in Brazil.

Keywords: Sovereignty of verdicts. Intimate conviction. Appeal. Decision clearly contrary to the evidence of the case. Duty to provide jurisdiction. STJ. STF. TJCE. Jury nullity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aportes doutrinários sobre a apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 3. Posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. 4. Entendimento atual do STJ no REsp. 1.803.562/CE. 5. Conclusão. 6. Referências.

1-Introdução

O presente artigo traça um panorama sobre o embate atual entre a soberania dos vereditos e os limites dos tribunais de segunda instância na apreciação das apelações interpostas contra decisões do Júri manifestamente contrárias à prova dos autos.

Historicamente, o sistema de julgamento popular remonta à Grécia antiga. Em Atenas, a decisão sobre crimes de sangue competia ao Areópago, órgão cujos membros eram escolhidos por sorteio entre os cidadãos atenienses, à semelhança do que ocorre no Direito brasileiro.

Na Roma clássica havia a distinção em relação à natureza dos delitos. A *lex licinia*, legislação de 55 a.C., previa a formação por sorteio de um corpo de jurados leigos, que prestavam compromisso de bem desempenhar suas funções judiciárias no processo penal.

Nascido nos sistemas antigos, o tribunal do júri evoluiu e percorreu diversos ordenamentos legais no mundo – tais como na Inglaterra, Alemanha e França –, chegando ao Brasil oficialmente em 1822, quando o príncipe regente Dom Pedro de Alcântara, por decreto imperial, instituiu o Tribunal do Júri do Brasil.

Atualmente, a demanda pelo tribunal do júri no país é alta: pesquisa do Conselho Nacional de Justiça de 2019 mostrou a existência de 185.898

ações de competência do júri em tramitação, das quais 43 mil já tinham a sentença de pronúncia.

O mesmo levantamento apontou que, entre 2015 e 2018, 52% dos julgamentos no tribunal do júri acabaram sem nenhuma punição ao réu, predominando as decisões que reconheceram a extinção da punibilidade, em especial a prescrição da pretensão punitiva.

Os tribunais de superposição laboram verdadeiras ginásticas hermenêuticas na tentativa de conciliar a garantia constitucional prevista no art. 5^a, XXXVIII, “c” da Constituição Federal e os limites de devolutividade do recurso de apelação previsto no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Em consequência disso, também pairam questões relacionadas aos limites dos recursos excepcionais, como os recursos especial e extraordinário, interpostos contra o julgamento da apelação.

No âmbito dos recursos excepcionais, é vedada a incursão nas provas. No entanto, como se verá, essa restrição nem sempre é interpretada à risca pelos tribunais superiores, havendo entendimento atual do STJ sobre a possibilidade de este tribunal aferir a existência de provas no aresto vergastado em sede de apelo nobre, vedando apenas a operação mental de valoração da prova acaso existente.

2-Aportes doutrinários sobre a apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A decisão manifestamente contrária à prova dos autos, que desafia a apelação prevista no art. 593, III, “d” do CPP, pode estar relacionada tanto ao fato principal, à autoria, às causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, como versar sobre questão secundária, como o reconhecimento de uma qualificadora, causa de aumento ou de diminuição da pena.

Existe uma corrente doutrinária, francamente minoritária, que entende que o art. 593, III, “d”, do CPP seria inconstitucional, por violar a soberania dos veredictos. Assim, não seria possível que um tribunal superior composto por juízes togados determinasse a realização de novo julgamento, com a justificativa de manifesto desrespeito à prova dos autos. No entanto, a posição que prevalece é de que seria inconcebível uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos que não pudesse ser revista por meio de recurso,

o que poderia afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição, implícito na Constituição Federal, e explícito no art. 8º, item 2, “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos.

À época da entrada em vigor do Código de Processo Penal, havia resistência dos Tribunais de Apelação em aceitar a soberania dos Júri, cujas decisões eram amiúde reformadas em grau de recurso.

A Constituição de 1937 silenciou acerca deste tema, dando margem a que o Decreto-Lei n.º 167/38, em seu art. 92, “b”, abolisse a soberania dos veredictos do Júri, permitindo o recurso de apelação quanto ao mérito da questão, nos casos de injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário. Segundo o art. 96 do referido Decreto-Lei, o Tribunal de Apelação poderia aplicar pena mais justa ou mesmo absolver o réu. Tais normas foram posteriormente incorporadas pelo Código de Processo Penal de 1941. O art. 141, §28, da Constituição de 1946 recolocou a instituição do júri entre as garantias individuais, prevendo o número ímpar de seus membros, plenitude da defesa, sigilo da votação e soberania dos vereditos. A Lei n.º 263/48 regulamentou a soberania dos vereditos prevista na constituição.

A alteração dos vereditos do Júri pelos tribunais sempre foi alvo de críticas da doutrina, desde sua instituição em 1822. Câmara Leal assinalou que, do modo como tem se interpretado a lei processual, arrogando-se os tribunais superiores o direito de reforma das sentenças do júri, sem respeito à livre apreciação das provas pelos juízes de fato, o júri tende a perder sua razão de ser, passando de tribunal popular, criado para julgamento pelos pares, a simples simulacro de tribunal, com suas funções constantemente usurpadas pela justiça togada, convertida em árbitro absoluto e soberano das decisões.

Modernamente, no entanto, a jurisprudência evoluiu nessa temática, restringindo a possibilidade de reforma das decisões dos jurados somente para os casos de evidente equívoco na análise da prova.

O art. 593, §3º, parte final, do CPP não admite mais de uma apelação em face de decisão contrária à prova dos autos. A esse respeito, não importa quem interpôs o recurso primeiro. Assim, se o Ministério Público recorre de um veredito absolutório, invocando o art. 593, III, “d”, e o tribunal determina novo julgamento, que porventura culmina em condenação do acusado, não poderá a defesa apelar em seguida, sob o argumento de que a decisão foi divergente da prova dos autos. Essa vedação decorre de imperativo lógico, ainda que sem previsão legal expressa. Afinal, se o primeiro julgamento

absolutório do júri foi considerado manifestamente contrário à prova dos autos pelo tribunal, daí por que foi cassada a decisão, submetendo-se o acusado a novo julgamento, na hipótese de ser proferido um decreto condenatório pelo segundo júri, tal decisão não será considerada manifestamente contrária à prova dos autos pelo juízo *ad quem*, sob pena de o tribunal contrariar o quanto decidido por ele mesmo na apelação anteriormente apreciada.

A doutrina reconhece a dificuldade de estabelecer balizas objetivas na aplicação do art. 593, III, “d” do CPP. No entanto, é possível delimitar algumas premissas que o julgador não pode descuidar.

Comentando o dispositivo legal citado, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer obtemperam:

“A necessidade de relativização do princípio da soberania diante da norma em comento é de todo razoável para as circunstâncias excepcionais. Com efeito, não se pode esquecer que o julgamento de delitos contra a vida (sem embargo dos eventuais conexos) se dá em momento no qual as oratórias são fundamentais e a evocação de sentimentalidades podem influenciar diretamente na convicção dos jurados, mesmo que a prova não seja no sentido da sustentação. Independentemente da posição que se tome, favorável ou não à presença ainda do Conselho de Sentença para os crimes dolosos contra a vida, significa que é necessário haver um controle do que decidido, seja pelo tribunal (questão aqui tratada) ou então em hipótese de revisão criminal (art. 621, CPP).

Em casos manifestos, absurdos, não poderá prevalecer decisão que contrarie totalmente a prova existente nos autos criminais. Mas é preciso ter extremo cuidado. Não se poderá pleitear a nulificação do que decidido pelo Júri se houver nos autos provas que amparem tanto a condenação quanto a absolvição. Nesse caso, não se está diante de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, mas unicamente de adoção pelo Júri (pelo seu livre convencimento, sequer motivado – uma exceção ao

art. 93, IX, CF/88) de uma das teses amparada por provas presentes nos autos. Nessas situações, não há de se falar em admissibilidade do recurso de apelação forte no art. 593, III, d, CPP. (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 9ª edição, 2017, editora Atlas, pág. 937)”.

De forma mais enfática, Gustavo Henrique Badaró expõe:

“A mais controversa das hipóteses de cabimento da apelação das sentenças do Tribunal do Júri é a da sentença em que a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, caput, III, d). Isto é, só será passível de cassação pelo tribunal de segunda instância a decisão dos jurados no caso de toda a prova indicar num sentido (por exemplo, a absolvição), e o conselho de sentença decidir em sentido oposto (por exemplo, condenam o acusado). Se as provas indicam duas possíveis soluções, cada uma delas admissível segundo um determinado segmento da prova, a decisão dos jurados que opte por qualquer uma delas não poderá ser considerada arbitrária e manifestamente contrária à prova dos autos. Fácil concluir que essa construção permite, em suma, que os jurados, tranquilamente, no caso de dúvida, optem por condenar o acusado. Ou seja, se o conselho de sentença aplicar o *in dubio contra reum*, rasgando a presunção de inocência, nenhuma censura poderá receber sua decisão. (Manual dos Recursos Penais, 2017, Revista dos Tribunais, págs. 186/188)”.

A questão é assim sintetizada por Noberto Avena:

“Somente é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que se dissocia, integralmente, de todos os segmentos probatórios aceitáveis dentro do processo. Assim, se houver

provas que amparem a decisão do Conselho de Sentença, não se anula o julgamento com base nesta alínea d, não importando o fato de existir número maior de elementos apoiando a tese rejeitada pelos jurados. (Processo Penal, 2017, editora método, pág. 837)”.

Guilherme de Souza Nucci minudencia a questão de forma detalhada:

“A quarta hipótese (alínea d do inciso III do art. 593) é a mais problemática, pois busca questionar diretamente o mérito do veredicto dos jurados, desde que se considere seja ele manifestamente contrário à prova dos autos. Não se trata de análise fácil distinguir entre a decisão que valorou a prova e proferiu o veredicto de acordo com a convicção íntima do Conselho de Sentença e aquela que se dissociou da prova, provocando o surgimento de veredicto totalmente estranho ao evidenciado nos autos.

Por vezes, o tribunal termina invadindo o âmbito exclusivo da apreciação do Tribunal Popular, reformando decisão que está em consonância com a prova, mas não com a orientação da corte togada. Cuida-se, nesse caso, de grave erro, que atenta contra o preceito constitucional da soberania dos veredictos. Exemplificando: se o Conselho de Sentença, valorando a prova, entende que houve recurso que dificultou a defesa da vítima, não pode o tribunal togado desacolher essa interpretação, a pretexto de que a Câmara tem posição firmada no sentido de que, naquela situação fática, não se deve acolher a qualificadora.

Por outro lado, a simples existência do recurso de apelação voltando ao questionamento da decisão dos jurados não constitui, por si só, ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos; ao contrário, harmonizam-se os princípios,

consagrando-se na hipótese o duplo grau de jurisdição. Além do mais, a Constituição menciona haver soberania dos veredictos, não querendo dizer que exista um só. A isso, devemos acrescentar que os jurados, como seres humanos que são, podem errar e nada impede que o tribunal reveja a decisão, impondo a necessidade de se fazer um novo julgamento. Isto não significa que o juiz togado substituirá o jurado na tarefa de dar a última palavra quanto ao crime doloso contra a vida que lhe for apresentado para julgamento.

Por isso, dando provimento ao recurso, por ter o júri decidido contra a prova dos autos, cabe ao Tribunal Popular proferir uma outra decisão. Esta, sim, torna-se soberana, porque essa hipótese de apelação só pode ser utilizada pela defesa uma única vez (art. 593, § 3º). (Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2016, editora Forense, pág. 835)”.

Percebe-se claramente uma dificuldade na doutrina em estabelecer critérios objetivos acerca do alcance da atividade judicante na apelação referida. Essa indecisão doutrinária tem ecoado na jurisprudência, que oscila na aplicação do dispositivo legal. À falta de firmeza nos escritos doutrinários, os precedentes dos tribunais superiores se esforçam na busca de critérios objetivos e racionais que estabeleçam balizas para o exame da apelação. A despeito de todo o esforço hermenêutico em incontáveis julgados, a questão está longe de se consolidar.

3- Posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

O julgamento pelo Júri possui um procedimento bifásico, onde na primeira fase ocorre o juízo de formação de culpa (*judicium accusatione*), e na segunda fase ocorre o julgamento da causa pelo Conselho de sentença (*judicium causae*). A primeira fase é encerrada pela decisão de pronúncia, uma decisão interlocutória mista não terminativa: mista porque encerra a

primeira fase do júri e não terminativa porque não julga o mérito da causa. Já a segunda fase é encerrada pelo veredito dos jurados.

Os tribunais superiores têm se debruçado sobre os limites das duas decisões indicadas acima. No REsp. Nº 1.740.921, a Quinta Turma do STJ entendeu ser incabível admitir a sentença de pronúncia de um acusado com base apenas em indícios derivados do inquérito policial.

Por sua vez, a Sexta Turma do STJ, ao julgar o REsp. Nº 1.373.356, considerou que as provas produzidas no inquérito, baseadas em depoimentos de testemunhas que afirmaram "ouvir dizer" sobre o delito, não poderiam amparar a decisão que pronunciou denunciados pelo crime de homicídio qualificado.

Ao contrário dos atos do inquérito policial, as evidências recolhidas durante a primeira fase do júri têm eficácia e validade perante o órgão julgador da causa, uma vez que foram produzidas na presença das partes e do juiz, pelo método do contraditório.

Embora não haja impedimento legal no Brasil ao depoimento de testemunha indireta, nesse tipo de testemunho por ouvir dizer (*hearsay rule*) – pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, – o acusado não tem como refutar o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.

De outro giro, no julgamento do AREsp nº 1.084.726, a defesa de um acusado pelo crime de homicídio alegava que não existiam indícios suficientes de autoria e, por isso, buscava a impronúncia. Entretanto, o STJ decidiu que na decisão de pronúncia, o ordenamento jurídico exige apenas o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando os requisitos necessários à prolação da condenação, de forma que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, conforme previsto no artigo 413 do CPP. Como será visto adiante neste trabalho, o STF possui entendimento diverso.

No Habeas Corpus nº 243.452, o STJ entendeu que, quando no julgamento de apelação, o tribunal determina a realização de novo júri em razão do reconhecimento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas, não é possível conceder às partes o direito de inovar o conjunto probatório com a apresentação de novo rol de testemunhas a serem ouvidas em plenário. Este entendimento impacta diretamente nas consequências da decisão do STJ examinada no tópico seguinte deste artigo.

Por sua vez, no julgamento do Habeas Corpus nº 313.251, a terceira seção do STJ apontou que a absolvição do réu pelos jurados, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o tribunal cassá-la quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão do conselho de sentença com as provas apresentadas em plenário.

O art. 483, III, do CPP, prevê o quesito genérico e obrigatório de absolvição, trazido pela reforma operada pela Lei nº 11.689/2008. Como esse quesito é genérico, diversos doutrinadores sustentaram a tese de que os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia no momento de decidir pela absolvição, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, às teses suscitadas em plenário ou a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica. É a chamada absolvição por clemência.

No entanto, analisando esse dispositivo legal, o STJ também impôs limites a essa decisão, conforme o seguinte acórdão:

“As decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda.

A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição.

Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao

introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP”. (STJ. 3ª Seção. HC 313.251/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/02/2018). No mesmo sentido, o HC 560.668/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado pela 5ª turma em 18/08/2020.

De outro giro, no tocante à possibilidade de apelação pelo Ministério Público em face da decisão dos jurados de absolvição genérica, com esteio no art. 593, III, “d” do CPP, o STF tem se posicionado contrário ao seu cabimento, apesar de a questão pender de apreciação final, conforme se verá adiante:

“A absolvição do réu, ante reposta a quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, §2º, do CPP não depende de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa. Isso porque vigora a livre convicção dos jurados. (STF. 1ª Turma. HC 178.777/MG, j. 29/09/2020)”.

Por sua vez, no RHC 170559/MT, julgado em 10/03/2020, a 1ª Turma do STF decidiu que:

“A anulação de decisão do tribunal do júri, por ser manifestamente contrária à prova dos autos, não viola a regra constitucional que assegura a soberania dos veredictos do júri (art. 5º, XXXVIII, c, da CF/88). Vale ressaltar, ainda, que não há contrariedade à cláusula de que ninguém pode ser julgado mais de uma vez pelo mesmo crime. Ainda que se forme um segundo Conselho de Sentença, o julgamento é um só, e termina com o trânsito em julgado da decisão”.

Como se observa, a oscilação da doutrina acerca do tema ecoa nos precedentes dos tribunais superiores, que não encontram um fio condutor que uniformize a jurisprudência. Isso decorre do dilema lógico-jurídico de

conciliar na práxis forense dispositivos com domínios normativos antagônicos.

4- Entendimento atual do STJ no REsp. 1.803.562/CE.

Buscando reduzir a subjetividade na análise da apelação disposta no art. 593, III, do CPP, a 5ª Turma do STJ julgou por unanimidade o Recurso Especial nº 1.803.562-CE, em 2021. Pelo entendimento sufragado na corte, o exame da apelação pelo tribunal de segunda instância deve se limitar à constatação da existência de provas que embasam o veredito dos jurados, evitando emitir juízo de mérito na valoração das provas acaso existentes. O mesmo se aplica ao próprio STJ, na análise do recurso especial eventualmente interposto contra o julgamento da apelação, operação que não resvala na Súmula 07/STJ.

Os argumentos do voto condutor merecem ser dissecados, a fim de apontar as possíveis fissuras nas premissas utilizadas neste julgamento, que inovou o tema em diversos aspectos.

No acórdão em comento, a 5ª Turma do STJ buscou estabelecer critérios racionais de persuasão do julgador. Nas palavras do relator, Min. Ribeiro Dantas:

“O TJ/CE fez um salto cognitivo a partir dos fatos que entendeu comprovados pelas testemunhas - premissas fáticas indiscutíveis, nos termos da Súmula 7/STJ - para a confirmação da condenação. Definir se tal salto é válido e racional não é questão relativa ao conhecimento, mas sim ao mérito do recurso especial, a ser resolvida mediante a correta interpretação das normas processuais que montam nosso sistema probatório. Caso contrário, o controle da aplicação de grande parte da legislação processual penal - federal por natureza -, mormente os arts. 155 a 157 do CPP, seria permanentemente subtraída do exame desta Corte Superior, em violação do art. 105, III, "a", da Constituição da República.”

A questão que surge gira em torno das dificuldades em definir a manifesta contrariedade explicitada no art. 593, III, "d", do CPP. No exame desta apelação, o tribunal é limitado horizontal e verticalmente. No plano horizontal, a apelação possui fundamentação vinculada aos motivos da irresignação, não podendo analisar nulidades, por exemplo. Todavia, no plano vertical, o tema está em aberto. No julgado em comento, o STJ delimitou dois juízos distintos que o julgador deve realizar nas provas, o antecedente e o consequente. No juízo antecedente, o tribunal de segunda instância (TJ ou TRF) analisa se existem provas, sem valorá-las. No juízo consequente, o julgador irá meditar sobre as provas e chegar ao seu convencimento. Esse último juízo compete ao conselho de sentença.

Se o Tribunal exceder tais limites e realizar o juízo consequente, terá afrontado a soberania dos vereditos prevista no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição da República; se, por outro lado, exagerar na postura de autocontenção e não fizer sequer o juízo antecedente, incorrerá em nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Na fundamentação do julgado, o relator recorreu à doutrina e jurisprudência estrangeiras, em especial do direito norte-americano, que possui um sistema de júri bem mais amplo que o adotado no ordenamento brasileiro. A Sétima Emenda foi citada no voto condutor, no entanto, seu conteúdo se refere originalmente às ações cíveis, compondo a Carta de Direitos. Eis seu texto:

“Em concordância com a lei comum, onde o valor em controvérsia deverá exceder vinte dólares, o direito de julgamento por um júri deve ser preservado, e nenhum fato decisão feita por um júri, deverá ser reexaminada em nenhuma corte dos Estados Unidos, também de acordo com as regras da lei comum.”

Em termos atuais, vinte dólares em 1800 valem cerca de 300 dólares em valores correntes. Essa Emenda vedou a reforma das decisões do Júri pelos juízes togados, sendo estendida aos feitos criminais.

O voto condutor do julgado prossegue sua fundamentação aludindo à *no evidence doctrine*, aplicada em *Thompson v. Louisville*, que ficou conhecida como doutrina *Thompson*. Por ela, os tribunais poderiam reformar as decisões dos jurados quando não houvesse nenhuma evidência do crime.

Em seguida, o voto cita o *case Greenleaf v. Birth*, de 1835. Neste julgamento, ficou estabelecido que, em não havendo provas que tendam a provar determinado fato, o tribunal é obrigado a instruir o júri quando solicitado, mas não pode juridicamente dar qualquer instrução que tire ao júri o direito de ponderar o efeito da prova. Uma instrução ao júri fundada apenas em parte da prova é um erro. Essa última frase foi omitida no voto condutor, mas é de importância capital para garantir a imparcialidade do julgamento pelo júri.

O voto cita ainda o *case Lessee of Ewing v. Burnet*, julgado em 1837. No entanto, esse precedente estrangeiro diz respeito a uma disputa civil, vinculada a direito possessório e usucapião.

Por fim, o voto condutor fundamentou suas premissas no célebre caso *Jackson v. Virgínia*, julgado em 1979 pela SCOTUS (*Supreme Court of the United States*). O caso se trata de um acusado por assassinato de primeiro grau com premeditação. No entanto, a premeditação não foi comprovada.

Conforme constou na decisão deste *case*:

“A questão relevante é se, depois de ver as provas sob a luz mais favorável à acusação, qualquer julgador racional do fato poderia ter encontrado os elementos essenciais do crime além de qualquer dúvida razoável. A regra de ‘sem evidência’ de *Thompson* é simplesmente inadequada para proteger contra aplicações errôneas do padrão constitucional de dúvida razoável (...). Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda protege um réu em um processo criminal contra condenação ‘exceto mediante prova além de uma dúvida razoável de todos os fatos necessários para constituir o crime de que é acusado.’”

Como elementos essenciais do crime referidos nesta decisão, a SCOTUS aludia à premeditação. O direito penal norte-americano difere do brasileiro nas categorias da teoria geral do delito, apesar de haver pontos de contato, tais como a Causalidade (*causation of injury*) e a voluntariedade (*guilty state if mind*).

No direito penal norte-americano, a *mens rea* (mente culpada) possui quatro divisões: intenção, ciência do resultado, imprudência e negligência. Já a *actus rea* é a ação praticada. Assim, a junção da *mens rea* com a *actus rea* perfectibiliza o delito nos países que adotam o sistema de *common law*. Essas categorias diferem dos elementos do crime tradicionalmente apontados nos ordenamentos penais dos países de sistema romano-germânico, tal como o brasileiro.

Por sua vez, *first degree murder* ou *capital murder* (por ser punido com a penal capital em alguns estados), julgado em *Jackson v. Virgínia*, é o assassinato de primeiro grau, com intenção de matar e com circunstâncias que o agravam. Pode ser equiparado ao homicídio qualificado do direito brasileiro. O assassinato de segundo grau se equipara ao homicídio simples. E o de terceiro grau se assemelha ao preterintencional. A premeditação do homicídio qualifica o crime no direito norte-americano, tornando-o de primeiro grau. No entanto, a premeditação não consta como qualificadora no CPB. A depender do caso, ela pode ser sopesada na dosimetria da pena base, negativamente a vetorial “circunstâncias do crime”.

O voto condutor foi além do entendimento da SCOTUS em *Jackson v. Virgínia*, tomando de empréstimo o termo empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (elementos essenciais do crime), que se referia apenas à premeditação (a qual sequer consta como qualificadora no CPB, mas que qualifica o assassinato nos EUA, tornando-o de primeiro grau). Em seguida, foi realizada sua adaptação à teoria geral do delito no Brasil, conformando o termo às estruturas do conceito analítico de crime.

Conforme o relator, Min. Ribeiro Dantas: “A grande contribuição da decisão de Jackson foi a especificação de que, para cada ‘elemento essencial do crime’, deve haver prova suficiente para demonstrá-lo, sob pena de cassação do veredito condenatório”.

Parafrazeando o acórdão ora em comento, houve um salto cognitivo no exame do referido precedente alienígena. Apesar de o precedente da SCOTUS referir-se a “elementos essenciais do crime” no plural, seu uso se resumiu à qualificadora da premeditação.

Prosseguindo na fundamentação do voto, o passo seguinte foi proceder à adaptação à teoria geral do delito, nos seguintes termos:

“Foi feliz a Suprema Corte de Jackson ao utilizar a expressão ‘elementos essenciais do crime’ como

parâmetro de avaliação da suficiência probatória de um veredito condenatório, por implicar a existência de elementos acidentais que, como tais, não são decisivos para a manutenção da condenação. Não se pode, entretanto, importar tais termos para nosso direito sem antes explicitar seu significado à luz da teoria geral do delito predominante no Brasil (e, a bem da verdade, na maioria dos países de tradição jurídica romano-germânica).

No caso dos autos, foi precisamente esta última situação que aconteceu: apesar de analisar exaustivamente as provas produzidas ao longo do processo, o TJ/CE não logrou indicar alguma que comprovasse um elemento essencial do crime - qual seja, a autoria -, embora haja prova dos demais (materialidade, dolo e motivo qualificador).

Para os vereditos absolutórios, penso que os critérios de julgamento - apesar de similares - não são exatamente idênticos. Deve haver provas de materialidade e autoria delitivas, bem como a exclusão de alguma causa descriminante suscitada pela defesa. Ou seja: cada um dos elementos essenciais do delito - além das causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Seguindo a ordem lógica da concepção tripartite (que conceitua o crime como a conduta típica, antijurídica e culpável), o primeiro elemento essencial do crime é, justamente, a conduta.

Os próximos elementos essenciais são aqueles objetivos do tipo, tanto os descritivos (o verbo "matar", no caput do art. 121 do CP, por exemplo) como os normativos (o adjetivo "torpe", no § 2º, I, do mesmo artigo). Embora os segundos exijam do intérprete um raciocínio valorativo, e não apenas de constatação fática, sua apreciação também cabe aos jurados. Esse conjunto de elementares corresponde grosso modo ao que chamamos de materialidade delitiva.

A tipicidade também comporta, como se sabe, uma dimensão subjetiva, e nos vereditos condenatórios proferidos pelo júri o elemento anímico é o dolo, por exigência do art. 74, § 1º, do CP. Havendo desclassificação para eventual modalidade culposa, a competência para julgamento será do juiz presidente, nos termos do art. 492, § 1º, do CPP

Caso suscitadas pela defesa causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, o Tribunal de apelação deverá examinar, também, se há ou não provas que as confirmem. O raciocínio aqui é inverso, até porque o juízo positivo de tipicidade já é um indício de ilicitude e culpabilidade”.

Neste ponto, o voto invocou a teoria da indiciariedade ou da *ratio cognoscendi*, adotada pelo direito brasileiro. Ao lado dela, a doutrina alude à teoria da *ratio essendi*, encampada por Mezger em 1930, que criou o conceito de tipo total do injusto, levando a ilicitude para o campo da tipicidade. Em outras palavras, a ilicitude é a essência da tipicidade, numa absoluta relação de dependência entre esses elementos do delito. Dessa forma, não havendo ilicitude, não há fato típico. Essa última teoria não encontra adeptos no Brasil.

Em conclusão de julgamento, o Min. Ribeiro Dantas ponderou:

“A cognição judicial, desse modo, se resume a aferir a presença de provas que fundamentam a opção dos jurados pela rejeição das causas excludentes, compreendidas como pressupostos negativos do crime: sendo típica a conduta, ela será antijurídica se não amparada pelas excludentes do art. 23 do CP, e culpável se não contemplada em seus arts. 21, 22, 26 e 28, § 1º.

Para os fins deste julgamento, o fundamental é compreender que, enquanto a autoria é um dos elementos essenciais de qualquer crime, o motivo nem sempre o é. Sem comprovação da autoria, é impossível a condenação do réu, nos termos do art. 386, IV e V, do CPP; por outro lado, a falta de

demonstração do motivo do delito não é elencada no dispositivo como hipótese absolutória. Quando não qualifica as infrações, o motivo é um elemento accidental do crime, relevante para a dosimetria da pena em sua primeira (art. 59 do CP), segunda (arts. 61, II, "a" e "b", e 65, III, "a", do CP) ou terceira fase (por exemplo: art. 121, § 1º, 129, § 4º, 149, § 2º, II, e 163, parágrafo único, IV, do CP). Não é decisivo, contudo, para o mérito da procedência ou improcedência da pretensão punitiva em si.

Mesmo nos tipos qualificados pelo motivo - em que esta figura como elemento essencial -, sua natureza é de elemento objetivo-normativo do tipo, o que se distingue claramente da autoria. É o caso, por exemplo, do homicídio qualificado por motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP), pelo qual a recorrente foi condenada na origem. A torpeza do motivo é um elemento objetivo-normativo do tipo qualificado, porque seu reconhecimento exige um raciocínio valorativo que não se satisfaz com a simples observação dos fatos, mas demanda um segundo processo mental a fim de definir se estes caracterizam como torpe o motivo do crime. A autoria, contrariamente, é um dado objetivo-descritivo: basta a reconstrução histórica dos fatos para se concluir quem praticou o delito.

A teoria geral do delito nos auxilia a atingir uma conclusão aparentemente simples, mas que não foi percebida pela Corte de origem: sendo elementos distintos dentro do tipo penal, e inclusive com classificações diferentes, a prova do motivo não implica necessariamente prova da autoria, e vice-versa.

Difícil é, aliás, encontrar o ser humano que nunca tenha sido injustiçado por outro, ou brigado com seu semelhante, ou por ele nutrido uma forte inimizade. Confundir o motivo para a prática de um crime contra o desafeto com a prova de sua autoria colocaria quase

toda a humanidade sob o risco de uma severa condenação penal”.

O voto condutor fez ainda duas citações bastante pertinentes: uma frase de Dostoiévki e a Navalha de Occam. William de Occam foi um filósofo inglês do século XIV, que enunciou a teoria da “navalha de Occam”, segundo a qual devemos escolher, dentre as várias explicações válidas para o mesmo fato, aquela que for mais simples. De acordo com ele, o homem, em suas teorias, deveria sempre eliminar o supérfluo.

No entanto, uma análise da história das ciências humanas mostra o quanto Occam foi desautorizado. Imensos volumes são escritos para tratar de filigranas que não têm utilidade prática. Nesse contexto, o direito penal não fica de fora. Como exemplo, têm-se a complexidade que se atingiu com a teoria do crime. Qual a diferença prática entre causalismo e finalismo? Já se disse que ambas teorias são uma mera mudança de disposição dos móveis em uma casa, sem maiores implicações na praxe forense.

Deveras, o único reflexo prático reside na dignidade do agente. No finalismo, houve o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o fato típico. Na teoria causalista, ausente dolo ou culpa, afastava-se a culpabilidade, mantendo-se a tipicidade. Na teoria finalista, a falta de dolo ou culpa importa em fato atípico, por ausência de conduta. O efeito prático das duas teorias é o mesmo, livrando o agente de qualquer reprimenda. No entanto, para o causalismo o agente é considerado um criminoso não culpável, enquanto para o finalismo não é criminoso. Ter cometido um crime, mas não ser reprovado por essa conduta, difere apenas moralmente de não ter cometido crime algum.

Ao lado do Princípio Kiss, a Navalha de Occam propugna que teorias com poucas e simples suposições são mais facilmente verificáveis do que aquelas com muitas e complicadas suposições. No entanto, a explicação mais simples nem sempre é a mais correta. A Navalha de Occam é um princípio metodológico, e não uma lei que diz o que é verdade e o que não é. Ou seja, ela não sugere que as explicações mais simples são sempre as verdadeiras e que as mais complexas devem ser refutadas em qualquer situação.

Conforme pontuou o min. relator em seu voto condutor:

“Embora seja tentadora a simplicidade de explicar um homicídio buscando de forma automática o rival mais

próximo da vítima, esse procedimento pode provocar injustiças severas. A navalha de Occam, que tem na filosofia e até nas ciências naturais o seu nicho, não se aplica com o mesmo acerto no processo penal, em que o histórico do cometimento de um delito é, com frequência, extremamente complexo.

Isso não significa, é claro, que o inimigo de uma vítima de homicídio fique imune a qualquer investigação. A sua rusga com o ofendido - mormente quando acompanhada de outros fatores, como a oportunidade para o cometimento do crime, a ausência de um álibi etc. - pode, por certo, despertar a curiosidade das autoridades estatais, a quem cabe o dever constitucional (arts. 129, caput e VII, e 144, IV, e § 4º, da Constituição da República) de investigar infrações à lei penal. O ponto é que essa suspeita provocada pela existência de motivo, embora idônea para deflagrar uma investigação, não substitui a prova de autoria exigida *a contrario sensu* pelo art. 386, V, do CPP para a condenação no processo judicial. A suspeita que pode movimentar o aparato investigativo, em suma, não tem valia para decidir a procedência ou improcedência da ação penal”.

O art. 386, V, do CPP, citado na passagem acima, dispõe que o juiz absolverá o réu se não existir prova de ele ter concorrido para a infração penal. Uma interpretação *a contrario sensu* deste dispositivo legal avulta a exigência de prova da autoria ou participação do agente para sustentar um édito condenatório.

Por sua vez, o art. 129 da CF, também citado no acórdão, elenca de forma exemplificativa as funções institucionais do Ministério Público. A função de investigar crimes foi consolidada em 2015 pelo STF, ao julgar o RE 593.727, conferindo o poder implícito de investigação ao órgão titular da ação penal. Essa função investigativa foi regulamentada pela Resolução nº 181 do CNMP. Em seus “considerando”, a referida resolução indica:

“Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto

desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”.

Por sua vez, o art. 7º da Res. 181 elenca os poderes de investigação do Ministério Público, de forma exemplificativa, conforme a redação conferida pela Res. 183/2018:

“O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá:

I –fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares;

II –requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

III –requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;

IV –notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;

V –acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;

VI –acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;

VII –expedir notificações e intimações necessárias;

VIII –realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;

IX –ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

X –requisitar auxílio de força policial”.

Conforme o art. 7º, inc. II, indicado acima, o Ministério Público pode requisitar perícias. O próprio órgão ministerial pode realizar perícias, se tiver estrutura adequada para tanto. No entanto, essa perícia se qualifica como prova unilateral, submetida a contraditório diferido, por não ter sido feita por perito nomeado pelo juízo.

Como ponderou o relator em seu voto, citando as provas referenciadas no aresto do TJCE:

“ISAIAS SOUSA DOS ANTOS: além de confirmar a referida inimizade, narrou que seu irmão, a vítima do crime, lhe disse em seus últimos suspiros que o marido de MARIA IARA o matou.

Ainda que fosse possível imaginar, em tese, que MARIA IARA determinara a seu ex-marido (e não a seu irmão, JOSÉ AIRTON) a execução material do delito, não há menção, no acórdão, a nenhum trabalho policial ou investigativo que tenha procurado apurar a suposta ocorrência dessa negociação, como exame de movimentações bancárias, interceptação telefônica, busca e apreensão na residência da recorrente, localização da arma utilizada no delito, perícia balística para identificar a origem da munição e rastreá-la etc.

A materialidade - o "matar alguém" do art. 121 do CP - não é controvertida, de maneira que não foi objeto de exame no aresto. De todo modo, a decisão de pronúncia mostra que o assassinato foi constatado pelo laudo de exame necroscópico; também por isso, parece indiscutível a ocorrência de uma conduta humana, porque a vítima foi baleada por disparo de arma de fogo. Sobre os elementos objetivo-normativos do tipo qualificado, o uso de meio que

dificultou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, IV, do CP) não é atacado pela defesa - e, sendo a morte causada por disparo de arma de fogo no tórax, cabe ao júri valorar o fato e subsumi-lo, ou não, à qualificadora.

Enquanto uma delas - ainda que por *hearsay*, já que relatou o que ouviu da vítima em seus momentos finais de vida - corroborou uma das teses da defesa. As afirmações de ISAIAS foram inclusive utilizadas pelo TJ/CE para cassar a condenação do irmão da recorrente e submetê-lo a novo júri”.

O *Hearsay Rule* ou *Hearsay Evidence* impõe a proibição das testemunhas de referência, que propagam boatos. Trata-se da testemunha que imputa uma conduta à alguém sem informar a verdadeira pessoa no qual a imputou, ou seja, o fato narrado foi feito por um interlocutor que ouviu uma outra pessoa detalhar fato ilícito, conhecido como testemunho de ouvir dizer. Isso porque, como dito acima, a boca deturpa a versão original. No entanto, a testemunha indicada no aresto do TJCE ouviu da própria vítima, em seus últimos suspiros, quem teria atirado em seu peito.

Em conclusão de julgamento, o Min. Ribeiro Dantas arrematou em seu voto:

“Especificamente em relação à autoria, o presente caso encaixa-se com perfeição à *no evidence rule* da Suprema Corte dos EUA, proclamada naquele Tribunal desde o começo do século XIX.

Com as devidas vênias à acusação, parece simplesmente não ter havido investigação das circunstâncias em que faleceu JOÃO BATISTA. Uma vez descoberta a desavença entre MARIA IARA e a vítima, a Polícia Civil e o Parquet a elegeram como culpada, mas não procuraram realizar nenhuma diligência mais aprofundada para confirmar a versão apresentada na denúncia. Não dirijo censura a tais instituições, que exercem um papel importante e dificultado sobremaneira pela falta de recursos humanos e materiais - em especial no ano de 1994,

quando ocorreram os fatos. Constatamos tão somente que, pela própria narrativa fática do aresto recorrido, a acusação não se desincumbiu de um ônus que lhe cabia. As dificuldades institucionais supracitadas são de responsabilidade do Estado, a quem compete arcar com os custos de viabilizar a persecução penal, mas não autorizam que se diminua o standard probatório exigido para uma condenação.

Não vejo o risco de que existam outras provas nos autos, não examinadas pelo aresto recorrido, capazes de manter a condenação - e não é este relator quem o afirma. Tanto o TJ/CE, ao rejeitar os embargos de declaração defensivos, como o próprio MP/CE, em suas contrarrazões ao recurso especial, argumentam que foi completa a análise das provas feita no acórdão, de maneira que nenhum elemento probatório lhe escapou. Assim, esta colenda Quinta Turma poderá ter a tranquilidade necessária para se debruçar exclusivamente sobre os fundamentos do aresto a fim de verificar se obedeceu aos critérios de formação da convicção, o que entendo não ter acontecido”.

O voto do relator neste julgado foi seguido à unanimidade pelos demais ministros da 5ª Turma do STJ. Neste precedente, restou consignado que a existência de motivo evidente para a prática do homicídio não configura prova da autoria, ainda mais quando se trata de autoria intelectual, onde não há provas do ajuste entre mandante e executor.

O motivo, tal como a premeditação, são anteriores à execução do homicídio em si, mas não dispensam a prova da autoria, por serem elementos essenciais do crime. Assim, a despeito de a Súmula 7 vedar a análise de provas, é possível ao STJ em sede de recurso especial averiguar se o tribunal local constatou a existência de provas que possam ser perfilhadas pelos jurados. No caso concreto, o STJ entendeu que o TJCE não apontou tais provas, determinando, assim, a realização de novo julgamento pelo tribunal do júri.

Como visto no aresto do TJCE, é perfeitamente possível que o mandante tenha um julgamento diferente do executor no tribunal do júri, a

depende das provas dos autos. Sendo imputadas condutas diversas e autônomas, uma de executor e outra de mandante, podem os jurados reconhecer, perfeitamente, a suficiência de provas para condenar um e não o outro, não havendo nenhuma relação de dependência entre as formas de participação referidas.

A cláusula do devido processo constante na Décima Quarta Emenda, citada no *case Jackson v. Virgínia*, menciona as provas “acima de dúvida razoável”. Este *standard* probatório não foi abordado no julgado em comento do STJ, havendo menção apenas à prova dos “elementos essenciais do crime” para legitimar o veredito dos jurados.

Quanto a esse *standard* probatório mínimo, o STF possui precedente que o exige para a fundamentação da decisão de pronúncia. No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392/CE, julgado em 2019, o STF rechaçou a tese do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, adotada pelo TJCE. Esse entendimento do STF divergiu do AREsp nº 1.084.726, julgado pelo STJ, conforme citado no tópico anterior.

Segundo o relator deste julgado no STF, Min. Gilmar Mendes:

“Consta dos autos que os réus foram denunciados pela suposta prática do delito descrito no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, pois, em 28.6.2008, teriam agredido a vítima José Romário Lira de Oliveira com chutes, pontapés e mediante o uso de um instrumento contundente, ocasionando, posteriormente, o seu óbito no hospital. Após regular trâmite da instrução, os requerentes foram impronunciados pelo juízo de primeiro grau, nos termos do artigo 414 do CPP. Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação criminal no TJ/CE requerendo, em suma, a pronúncia dos acusados. O recurso restou provido pelo TJCE.

Assim, ‘o simples fato dos denunciados (José Reginaldo e Cleiton Cavalcante) terem corrido atrás da vítima não indica sua adesão à conduta do corréu Bruno’, sob pena de se caracterizar uma inadmissível responsabilização objetiva em Direito Penal.

É imperativo, em um raciocínio lógico, que a testemunha que presenciou os fatos possa descrever com mais fidedignidade os acontecimentos do que aquela que tomou conhecimento dos fatos por ouvir dizer (testemunha de 2º grau)”.

A genitora da vítima teve contato com esta antes que ela falecesse no hospital. Em seu depoimento, citado pelo Min. Relator em seu voto, a genitora disse:

“Que no hospital em Fortaleza seu filho afirmou que tinham muitas pessoas correndo atrás dele e atirando pedras; que o mesmo disse que o principal foi Bruno; que afirmou também que Cleiton e Reginaldo arremessaram pedras.

Essa prova aparentemente esbarra na *Hearsay Evidence*, que veda os testemunhos de ouvir dizer. No entanto, tal como o caso julgado pelo STJ, comentado acima, trata-se do relato da vítima antes de falecer, que apontou os culpados pela sua morte.

O relato da própria vítima, antes de falecer, não pode ser equiparado ao um boato, ao menos quando testemunhado pelo ouvinte direto de suas últimas palavras. A vítima, tal como as testemunhas oculares, possuem limitações e vieses na coleta sensorial dos fatos. A vítima em fuga, em altercação, lutando pela vida ou em seus últimos suspiros, está tomada por adrenalina e nervosismo. Sua versão, assim, não pode ser adotada sem confrontações com as demais provas.

O IPEA realizou estudo que investigou os principais fatores que impactam na qualidade da prova testemunhal. Esses fatores podem ser aplicados ao depoimento das vítimas, ainda que em seus últimos suspiros, tais como sua condição pessoal, idade e outros fatores. Conforme indicado no estudo:

“Em relação aos fatores que influenciam a qualidade da prova testemunhal na etapa processual e seu impacto nas decisões judiciais, quatro categorias foram citadas pelos entrevistados: 1) tempo

transcorrido entre o crime e a entrevista em juízo; 2) a forma de realização da coleta do testemunho; 3) a complexidade do crime envolvido; e 4) a credibilidade da testemunha ou da vítima. Foram constatados diversos fatores que influenciam na qualidade da prova testemunhal no processo penal e, que, conseqüentemente, acabam impactando no resultado das decisões judiciais. (*Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*, IPEA, 2015, pág. 55)”.

Acerca desta questão o Min. Gilmar Mendes ponderou:

“Além disso, o juízo recursal deu preponderância também a um testemunho de ouvir-dizer, a mãe da vítima, que teria ouvido suas declarações no hospital antes de falecer. Sem dúvidas, diferentemente do sistema estadunidense, não há uma vedação de admissibilidade de tal elemento no ordenamento brasileiro. Contudo, igualmente inegável que uma declaração de alguém que não presenciou os fatos, mas somente ouviu o relato de outra pessoa, tem menor força probatória do que outras testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo”.

Inaugurando a divergência, o Min. Edson Fachin asseverou em seu voto:

“Deste modo, a questão está em que aqui há uma sentença, ou melhor dizendo, aqui há uma decisão de pronúncia, tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Essa decisão de pronúncia levou em conta a presença de justa causa no plano de indícios mínimos, ou seja, nada obstante as dúvidas ainda presentes e nada obstante a não pronúncia do juiz sentenciante de primeiro grau, o Juízo colegiado

operou a pronúncia daqueles em face dos quais se imputava a prática do homicídio”.

Acompanhando a divergência, a Min. Camen Lúcia arrematou:

“Reafirmo a importância do tema, mas o Princípio do ‘In Dubio pro Societate’ é a partir de indícios, que foram aproveitados exatamente pelo Tribunal de Justiça do Ceará. E, portanto, não se pode desconhecer que houve a aferição da sua existência e da sua conformação, não apenas como legislação, mas, principalmente, com o que vem sendo a jurisprudência exatamente no sentido de permitir que sejam eles suficientes para que se tenha a atuação do Júri, que é o soberano para decidir sobre a suficiência como prova e não como conjunto de indícios”.

O Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o relator, assentando que:

“O TJ do Ceará deu preponderância, inequivocamente, a relatos colhidos na fase inquisitorial de pessoas que não presenciaram o crime e deu também muito peso ao testemunho de ouvi dizer, como salientou o Ministro-Relator, insuficiente a gerar qualquer dúvida fundada sobre a participação dos recorrentes no crime e submetê-los ao Júri popular.

Por fim, em substancioso voto, o Min. Celso de Mello aderiu à corrente vencedora, capitaneada pelo ministro relator. Em conclusão de julgamento, o Min. Gilmar Mendes arrematou em seu voto:

“Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no

sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias”.

Como visto, para sustentar o veredito dos jurados, o STJ exige a análise ao menos da existência de provas acerca dos elementos essenciais do crime, em especial da autoria e da materialidade, não bastando a presença de um motivo para o crime, ainda que evidente. Por sua vez, para o STF, a decisão de pronúncia exige um standard probatório mínimo, acima de dúvida razoável, com preponderância de teses incriminatórias. No entanto, essa análise das provas na pronúncia não pode ser exauriente, sob pena de influenciar os jurados por ocasião do julgamento.

Como referido acima, o Min. Ribeiro Dantas externou em seu voto no STJ que restringia sua análise ao escopo do recurso, evitando tratar do caso de veredito absolutório. No entanto, persiste a dúvida se o entendimento adotado à unanimidade pela 5ª Turma do STJ se aplicaria aos casos de absolvição.

Muitas dúvidas poderão ser dirimidas com o julgamento do Tema 1087 da Repercussão Geral do STF. Conforme a decisão de afetação da matéria:

“Primeiramente, embora a tradicional jurisprudência da Corte aponte para a compatibilidade entre o princípio da soberania dos veredictos e o juízo anulatório empreendido pelo Tribunal de Justiça em caso de decisões proferidas pelo Júri reputadas como manifestamente contrárias à prova dos autos, é certo que a questão está longe de se encontrar pacificada no âmbito doutrinário e jurisprudencial. No STJ, o tema foi recentemente debatido, no âmbito da Terceira Seção, a qual, por apertada maioria, decidiu, em síntese que a absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. (HC

313.251/RJ, Terceira Seção, relator Ministro Joel Paciornik, julgado em 28.02.2018). Nada obstante, a substancial corrente divergente instaurada naquele decísum, composta pelos Min. Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Pinheiro, bem demonstra o quão intrincada e tortuosa é a matéria ora proposta”.

Como dito linhas atrás, no voto condutor do Min. Ribeiro Dantas consta epígrafada a seguinte frase de Dostoiévski:

“Os motivos humanos geralmente são muito mais complicados do que supomos, e raramente podemos descrever com precisão os motivos de outro.” (O Idiota, 1869).

Conforme explicitado no voto, os motivos humanos são por vezes insondáveis, e nem sempre cabem confortavelmente nas páginas de autos processuais. Para um indivíduo, uma manobra irregular de trânsito pode despertar sua fúria e movê-lo a matar alguém; para outro, nem mesmo o mais grave dos insultos o faria.

A ausência de motivo, quando não se descobre a razão do delito, não é a mesma coisa que motivo fútil, que exige comprovação efetiva. Ocorrendo a ausência de motivo, não pode ter incidência o motivo fútil. Quem comete o crime por puro prazer é um sádico e isso configuraria motivo torpe. O motivo fútil é o insignificante, com desproporção entre o crime e a sua causa moral.

Na visão do STJ, é possível haver autoria sem motivo, o qual pode qualificar ou não o homicídio, a depender das provas colhidas na investigação. Contudo, não pode haver motivo sem autoria, cabendo ao Estado-acusação demonstrar que o autor efetivamente praticou a conduta, não podendo esta ser inferida a partir do motivo para o crime, ainda que manifesto. Desta forma, se a apelação sustenta que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos, o tribunal de segundo grau tem o dever de analisar se pelo menos existem provas de cada um dos elementos essenciais do crime, em especial a autoria.

A esse respeito, Danni Sales pondera:

“Todo jurado, concitado a compor o Júri, verte preocupações proemiais. Perceba, para nós, brasileiros, não é possível se fazer um julgamento sem saber o motivo do crime. Nosso jurado dá particular atenção ao motivo, porque, por temperamento e, por razões históricas, temos grande indulgência com o delito. Por exemplo, quando na Inglaterra, se diz que John matou Smith, a reação de um inglês é dizer: "Como? What? Matou? (KELSEN, 2001). Porque não entra na cabeça de um inglês que a morte seja a solução para as dificuldades humanas. Quando, no Brasil, dizemos que João atirou em José, matando-o, a reação imediata do ouvinte é questionar: Por quê? Nós temos no subconsciente, uma tendência natural a acreditar que, em determinadas circunstâncias, a violência pode ser a solução para as dificuldades humana. Em vez de termos uma reação de espanto, temos logo uma curiosidade que se traduz em querer saber o porquê. (Júri - Persuasão na Tribuna, Juruá, 2018, pág. 18)”.

Por seu turno, Roberto Lyra leciona que:

“Fala-se em dúvidas. Resolvendo dúvidas é que adquirimos certeza. E a certeza para o júri não depende de formalismos e ficções. Não há indícios? Eis aí mais um. A ausência de indícios indica a autoria de indivíduo experimentado e perito, com o acusado. Ninguém, nada confirma a palavra do jovem defensor que, certamente, conhece a sátira britânica armada com a parônima entre *liar* e *lawyer*. Em Londres, os próprios advogados, no seu toast de fim de ano, não dispensam um brinde ‘à ingenuidade dos juízes e à obscuridade das leis’” (Como Julgar, Como Defender, Como Acusar, editora Líder, 2003, pág. 103).

Extrai-se destes aportes a premente necessidade de estabelecimento de balizas objetivas para o manejo da apelação no julgamento pelo júri.

Muitas decisões dos tribunais superiores têm buscado esse ideal, por vezes em caminhos tortuosos, esteando-se em premissas equivocadas. A verdade processual no âmbito do júri, seja em termos de correspondência ou em teorias coerentistas, ora deve obediência a um *standard* mínimo de provas, ora deve basear-se em provas dos elementos essenciais do crime. Em vista disso, o julgamento do Tema 1087 com repercussão geral deve estabelecer padrões racionais de exame da apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

5-Conclusão

O presente trabalho visou aclarar questões discutidas no âmbito da recorribilidade das decisões do júri, em especial na apelação contra veredito manifestamente contrário à prova dos autos. O exame das premissas adotadas pelos tribunais superiores revela uma oscilação ambígua nos precedentes, catalisada pela falta de clareza da doutrina no tratamento da matéria.

Não raras vezes, o jurado decide a cédula do sim ou do não no exato instante em que a urna lhe é apresentada. A verdade que emana dos debates do Júri é analisada na íntima convicção do juiz leigo. Mostrou-se no decorrer deste trabalho testemunhos de relatos de vítimas em seus últimos suspiros, apontando a autoria delitiva. O jurado passa por idêntica agrura, escolhendo o veredito final muitas vezes já na fase de votação dos quesitos, quando aponta se o réu é culpado ou inocente. Isso decorre da estratégia da defesa, em germinar a dúvida durante todo o julgamento.

Como ocorre com frequência, a defesa explicita aos jurados que o libelo não passa de uma primeira impressão da acusação sobre os fatos, que será desmontada no decorrer dos debates, conforme as provas vão sendo apresentadas. Antes dos julgamentos, acusação e defesa estudam os autos, preparam as teses e selecionam as provas. Ao final, o jurado está no fio da navalha entre as diversas versões debatidas.

Conforme Fiódor Dostoiévski: “A verdadeira verdade é sempre inverossímil; para lhe dar verossimilhança é preciso misturar-lhe um pouco de mentira”. (Os demônios, 1872).

A filosofia analítica tem na linguagem uma ferramenta para ajudar no entendimento humano acerca do mundo que o cerca. Do mesmo modo, a

despeito das dificuldades ontológicas do Júri, o Direito deve ser uma ferramenta para trazer racionalidade e agilidade à ação humana de julgar.

Referências:

Avena, Noberto, Processo Penal, editora método, 2017.

Badaró, Gustavo Henrique, Manual dos Recursos Penais, Revista dos Tribunais, 2017.

Lyra, Roberto, Como Julgar, Como Defender, Como Acusar, editora Líder, 2003.

Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, editora Forense, 2016.

Pacelli, Eugênio e Fischer, Douglas, Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, editora Atlas, 9ª edição, 2017.

Sales, Danni, Júri - Persuasão na Tribuna, Juruá, 2018.

HOMICÍDIO QUALIFICADO COM DOLO EVENTUAL

Resumo: o presente trabalho analisa a compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do crime de homicídio, dada a relevância do tema para a prática forense. Para tanto, serão examinados os aportes doutrinários nacionais e estrangeiros acerca dos critérios de aferição do dolo eventual, bem como as controvérsias jurisprudenciais que envolvem o tema. Por fim, será apresentada uma analogia que demonstra a característica intrinsecamente pragmática do instituto, tido como uma ferramenta voltada a facilitar o raciocínio jurídico operado na adequação típica de condutas delituosas.

Palavras-chaves: Dolo eventual. Homicídio. Crimes de trânsito. Qualificadoras. Culpa consciente. Execução provisória. Elementos subjetivos especiais. Teorias da Ação. STF. STJ.

Abstract: the present work analyzes the compatibility of eventual intent with the qualifiers of the crime of homicide, given the relevance of the theme for forensic practice. To this end, national and foreign doctrinal contributions will be examined on the criteria for measuring eventual intent, as well as the jurisprudential controversies involving the subject. Finally, an analogy will be presented that demonstrates the intrinsically pragmatic characteristic of the institute, seen as a tool aimed at facilitating legal reasoning operated in the typical suitability of criminal conduct.

Keywords: eventual deceit. Murder. Traffic crimes. qualifiers. Conscious guilt. Provisional execution. Special subjective elements. Theories of Action. STF STJ.

Sumário: 1-Introdução. 2- Diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente. 3- Entendimento dos tribunais superiores sobre o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio. 4-Visão da doutrina nacional e estrangeira sobre o dolo eventual. 5-conclusão. 6-Referências

1-Introdução

O presente artigo examina a compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do crime de homicídio. Para tanto, serão apresentadas as diferenças entre os diversos conceitos correlatos, como culpa consciente, teoria da ação significativa, vontade e indiferença.

A temática possui grande relevo prático, relacionado aos julgamentos pelo Tribunal do Júri de crimes dolosos de trânsito. Como será visto, a perquirição da mente do agente utilizando-se das circunstâncias fáticas que cercam a conduta denota um raciocínio dedutivo despido de critérios objetivos, que impacta na segurança jurídica e nos padrões de aplicação da justiça.

2-Diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A culpa consciente é a culpa com previsão, quando o agente pratica o fato prevendo a possibilidade de ocorrência de um resultado, mas confia em suas habilidades para que o resultado não ocorra. No dolo eventual, o agente não persegue diretamente o resultado, mas com sua conduta, assume o risco de produzi-lo. Nos países que adotam o *common law*, como o direito norte-americano, o dolo eventual e a culpa consciente se aproximam do conceito de “indiferença culpada”.

A “indiferença culpada” se relaciona com o estado de espírito da pessoa que comete um crime. Ela teria se envolvido em uma conduta que cria um risco extremo de morte para outra pessoa. Quando suas ações mostrarem um total desrespeito pelo valor da vida humana, estarão exibindo indiferença culpada. Isso significa que ela demonstra vontade de agir, não porque pretenda causar danos, mas porque não se importa se suas ações resultarão em danos.

Os casos mais emblemáticos da aplicação desse conceito no direito norte-americano são *People vs. Register*, de 1983 e *People v. Feingold*, de 2006. No primeiro, o acusado teria utilizado o álibi da embriaguez para sustentar a incompatibilidade com a indiferença culpada. O tribunal não concordou com seu raciocínio e manteve a decisão de condenação por assassinato em segundo grau (equivalente ao homicídio simples no direito brasileiro).

No segundo caso, firmou-se o entendimento pelo “estado mental culpável”, que são as maneiras pelas quais uma pessoa pode ser responsabilizada por seu estado mental enquanto no ato de cometer um crime. Uma pessoa pode ser considerada como tendo agido com indiferença culpada quando age intencionalmente, conscientemente, imprudentemente ou de maneira criminosamente negligente. Após esse último *case*, houve mudança na forma como os réus que estavam sob a influência de drogas ou álcool foram acusados ou condenados por crimes que anteriormente permitiriam a aplicação do instituto. Como exemplo, no caso *People v. Coon*, julgado posteriormente, entendeu-se que a intoxicação por drogas do réu o deixou incapaz do estado mental necessário para a configuração da indiferença culpada.

O art. 18, I, do CPB equiparou o querer à assunção do risco. Essa equiparação entre a efetiva vontade e a indiferença com o resultado é apenas de ordem jurídica, esteadada em política criminal, e não de ordem psicológica. A vontade é estudada pela neurociência, decorrendo de impulsos nervosos disparados no sistema nervoso central (SNC), que condicionam o agir humano. Em termos psicológicos, a indiferença com o resultado possui um encadeamento neuronal ligeiramente distinto da vontade. No entanto, ambos foram moralmente equiparados, para efeito de punição de condutas lesivas a bens jurídicos iguais. Tanto o dolo direto quanto o dolo eventual, ou seja, tanto o querer quanto a indiferença, são punidos identicamente pelo legislador no preceito secundário, não havendo nenhuma repercussão na dosimetria das penas. Como será visto adiante, alguns autores, como Paulo Busato, criticam essa equiparação.

Conforme destacado, a indiferença culpada do direito norte-americano abarca elementos da culpa consciente e do dolo eventual, resultando em um enquadramento de assassinato em segundo grau, o equivalente ao homicídio simples do direito brasileiro. No direito pátrio, contudo, o fato de o homicídio ser praticado com dolo eventual não impede a incidência de qualificadoras. Há intenso debate no direito norte-americano se

a indiferença culpada não abarcaria o simples comportamento de maucaratismo, ou se seria efetivamente intencional.

Serão analisados adiante casos na jurisprudência dos tribunais superiores em que o dolo eventual resultou no enquadramento ora como homicídio simples ora como homicídio qualificado. No caso Boate Kiss, o STJ confirmou a pronúncia com dolo eventual, indeferindo o pleito de desclassificação para homicídio culposo. Contudo, a corte manteve a exclusão de todas as qualificadoras da pronúncia, subtraindo-as da quesitação aos jurados. Ao final, os réus foram condenados por homicídio simples, tal como pronunciados.

O dolo eventual é tradicionalmente enfrentado pelos tribunais nos casos de acidentes automobilísticos. A doutrina enfrenta essa questão há um longo tempo. Em geral, a constatação do dolo eventual está vinculada a aspectos relacionados às circunstâncias do fato, como a alta velocidade e a embriaguez.

No direito norte-americano a embriaguez tem sido utilizada como *álibi* para descaracterizar a “indiferença culpada”, por ser inconciliável com o “estado mental culpado”. No direito pátrio ocorre o oposto, incidindo a teoria da *actio libera in causa*, uma vez que o agente agiu conscientemente para se colocar nesse estado, nos moldes do art. 28, II, do CPB. Logo, a embriaguez afastará a culpa e atrairá o dolo eventual.

No entanto, nem sempre incidirá o dolo eventual nos casos de embriaguez ao volante. Como exemplifica Rogério Greco, um agente que se envolve em um acidente fatal de sua família após ingerir bebida alcoólica em comemoração a 25 anos de casamento não anuiu com o resultado morte. Neste caso, a conduta se enquadra como homicídio culposo, podendo ainda ser aplicado o perdão judicial.

A fim de evitar os inconvenientes da perquirição da mente do acusado por ocasião do fato delituoso, o legislador houve por bem alterar o Código de Trânsito brasileiro, recrudescendo as reprimendas das modalidades culposas dos crimes de trânsito. Nessa toada, o art. 302, §3º, do CTB passou a prever pena de reclusão de cinco a oito anos para o homicídio culposo na direção de veículo automotor em estado de embriaguez, conforme a redação dada pela Lei nº 13.546/17. A depender das circunstâncias, a pena privativa de liberdade neste caso pode resultar em um patamar superior ao do crime cometido com dolo eventual, com enquadramento em homicídio simples, que tem pena mínima de seis anos.

Nada obstante esse recrudescimento de pena, persistem consideráveis diferenças quanto ao rigor de uma pena por crime culposo e doloso, mesmo que a pena do crime culposo seja fixada em patamar superior. Essas diferenças residem tanto no Código Penal quanto na Lei de Execuções Penais. Como exemplo, o art. 44, I, do CPB permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes culposos, qualquer que seja o patamar de pena aplicada. A diferença também ecoa no livramento condicional, conforme previsto nos incisos do art. 83 do CPB e seu parágrafo único.

Demais disso, se o acidente de trânsito com embriaguez for enquadrado com dolo eventual, é possível o encaixe de qualificadoras, tornando-o hediondo. Não há qualificadoras para o homicídio culposo, apenas causas de aumento de pena, no patamar de um terço, nos casos do art. 302, §1º, do CTB e art. 121, §4º, do CPB. Como exemplos, temos o crime cometido em faixa de pedestre no primeiro caso, conforme a redação dada pela Lei nº 12.971/14, e a inobservância de regra técnica de profissão no segundo caso. Em ambos os dispositivos é prevista a causa de aumento de deixar o agente de prestar socorro à vítima, não concorrendo nessa hipótese os crimes do art. 135 do CPB e art. 304 do CTB, sob pena de incidir em *bis in idem*.

De igual modo, o crime de lesão corporal culposa no trânsito com embriaguez teve a pena aumentada para reclusão de dois a cinco anos, conforme o art. 303, §2º, do CTB, na redação dada pela Lei nº 13.546/17. O art. 129, §§ 1º e 2º, do CPB preveem penas de reclusão de um a cinco anos para lesões graves e de dois a oito anos para lesões gravíssimas. O dispositivo do CTB faz alusão indistinta a essas duas modalidades de lesão. A lesão gravíssima, assim, impacta na dosimetria da pena base, desvalorando a vetorial “consequência do crime”, impondo uma pena maior que no caso de lesão grave.

Por sua vez, o art. 306 do CTB, na redação dada pela Lei nº 12.760/12, previu pena de detenção de até três anos para quem conduzir veículo em estado de embriaguez. Trata-se de crime de perigo abstrato, que se consuma independentemente da demonstração de risco aos demais motoristas, transeuntes ou aos passageiros do veículo. Esse tipo penal tem nítida finalidade preventiva, ínsita ao moderno direito penal.

Já o art. 310 do CTB prevê pena de detenção de um mês a um ano ou multa para quem entregar a direção de veículo automotor a pessoa embriagada ou sem condições de conduzi-lo em segurança, o que inclui a pessoa sob efeito de drogas. Este tipo penal também é de perigo abstrato, prescindindo para sua consumação da demonstração de risco de dano.

Por fim, o art. 308 do CTB prevê o crime de racha na via pública, cominando pena de detenção de seis meses a três anos. Ao contrário dos tipos descritos acima, este tipo penal é de perigo concreto, devendo gerar situação de risco. Seu §1º prevê pena de reclusão de três a seis anos caso resulte lesão corporal grave. Diferentemente do art. 303, §2º, não houve inclusão da lesão corporal gravíssima no art. 308, §1º. Porém, entende-se que ela está incluída no dispositivo, por ser uma consequência mais grave. Já o §2º prevê pena de reclusão de cinco a dez anos caso resulte morte. Esses dois parágrafos ressaltam a constatação de dolo direto ou eventual na ação do condutor. Novamente, o legislador buscou evitar o inconveniente de adentrar na psique do agente que comente o crime.

Em julgado de 2012, a 5ª Turma do STJ considerou que a conduta amoldada ao art. 310 pode transpor o referido tipo penal, incidindo o agente em dolo eventual, transmutando a conduta ao art. 121, §2º, II, III e IV, do CPB. No caso, o agente estava embriagado e entregou a direção do veículo a pessoa também embriagada, que veio a falecer em razão de um acidente por ela causado. Conforme constou no acórdão, relatado pela Min. Laurita Vaz:

“A conduta do paciente reúne os ingredientes descritos na lei de trânsito e carrega um plus diferenciador, consistente na volição consciente de que poderia, em razão da ebriedade da motorista, provocar perigo não só aos ocupantes do auto, como também a outros motoristas e pedestres. A reprovação social não aceita a rotulação de crime culposo e muito menos a modalidade prevista na referida lei em razão do perigo concreto social e exige um julgamento mais rigoroso, pela própria comunidade, por meio do Tribunal do Júri, que passa a ser o juízo natural da causa”.

Neste julgado, pesou o fato de a penalidade do art. 310 do CTB ser muito branda em comparação com possibilidades de causação do resultado, que, a depender das circunstâncias, podem ser muito graves.

De outro giro, no que toca ao art. 308 do CTB, a jurisprudência regularmente encaixa a conduta ao dolo eventual, principalmente no caso da prática de racha em alta velocidade, com resultado morte. Outra conduta frequentemente enquadrada no dolo eventual é a prática de “roleta russa” no trânsito, quando o condutor ultrapassa o semáforo com sinal vermelho em alta velocidade, vindo a colher outros condutores, pedestres ou ceifando a vida dos próprios passageiros do veículo.

No caso Tamarineira, ocorrido na cidade de Recife em 2017, um condutor ultrapassou um cruzamento em alta velocidade, após ingerir grande quantidade de bebida alcóolica durante a noite, vindo a colidir com outro veículo que trafegava na via perpendicular, ocasionando a morte de três ocupantes do carro. Não houve encaixe no art. 302, §2º, do CTB, mas sim no art. 121, §2º, III e IV, do CPB, adequando a conduta ao dolo eventual. O réu foi condenado em 2022 pelo Tribunal do Júri por triplo homicídio duplamente qualificado. Em seu depoimento no plenário do Júri, após o testemunho de uma sobrevivente do acidente, o réu declarou: “Eu não queria fazer isso. Pelo amor de Deus. Eu não queria machucar a sua família nem ninguém. Por favor, me perdoe.” A despeito da falta de querer do agente, entendeu-se que sua indiferença foi equivalente à vontade de matar, sendo ainda conciliável a indiferença com as qualificadoras objetivas do homicídio, relacionadas aos meios e modos de sua execução.

O CPB adotou a teoria do dolo eventual criada pelo alemão Reinhart Frank, conhecida como Teoria Positiva do Conhecimento. Para o referido autor, há dolo eventual quando o agente diz: seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir. O agente revela a indiferença quanto ao resultado. Assim, ao perceber a situação de perigo que criou, antevendo um possível resultado lesivo (previsão), o agente não retrai a conduta, diminuindo a velocidade, por exemplo. Ao invés disso, prossegue na conduta perigosa, sendo indiferente ao resultado que possa advir (assunção do risco). Entre a previsão do resultado e a assunção do risco há um estalido na psique do agente em que pode escolher refrear a conduta perigosa ou aderir a ela.

A questão sobre a existência do dolo eventual em acidentes de trânsito e sua compatibilidade com as qualificadoras do crime de homicídio ganhou grande relevo com as alterações do art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, prevendo a execução provisória das penas

aplicadas no Tribunal do Júri, quando a condenação for igual ou superior a quinze anos de reclusão. No caso de condenação pelos jurados por homicídio simples, que tem pena mínima de seis anos, a dosimetria da pena pelo Juiz-Presidente, como regra, gira em patamar inferior a quinze anos. Somente em casos excepcionais a pena por homicídio simples supera esse patamar, como no caso da boate Kiss, que ocasionou diversas vítimas fatais.

No caso de crimes de trânsito, tem sido comum condenar o réu no Tribunal do Júri por homicídio simples com dolo eventual, em concurso com outros crimes conexos de trânsito, aplicando-se o concurso formal impróprio, com desígnios autônomos, com a finalidade de somar as reprimendas até alcançar o patamar de quinze anos, possibilitando sua execução imediata. Isso decorre do fato de o art. 492, I, “e” do CPP exigir apenas a condenação à pena de quinze anos de reclusão, não limitando essa pena ao crime doloso contra a vida.

Nessa toada, muitas liminares têm impedido a execução provisória das penas impostas pelo Tribunal do Júri, tendo como fundamento a decisão do STF nas ADCs 43, 44, e 54, que declararam a constitucionalidade do art. 283 do CPP, e vedando a execução provisória da pena. No entanto, essa decisão do STF foi anterior às alterações procedidas pela Lei nº 13.964/19 (Pacote anticrime). A doutrina constitucionalista alude que as decisões do Excelso Pretório em controle concentrado de constitucionalidade não vinculam o legislador em sua função típica de legislar, havendo apenas uma presunção relativa de inconstitucionalidade nas leis supervenientes à decisão, no caso de contrariedade manifesta.

A Associação de Advogados Criminalistas ingressou com ação no STF questionando a constitucionalidade da alteração promovida no art. 492, I, “e”, do CPP. O julgamento ainda pende de decisão definitiva, mas já há na corte posicionamentos favoráveis à alteração legal. Em geral, os julgamentos pelo Júri sempre aplicaram penas superiores a quinze anos nos crimes dolosos contra a vida consumados, praticados geralmente por criminosos contumazes. Com frequência, o Conselho de Sentença julga réus tecnicamente primários, a saber, que não se encaixam especificamente nos requisitos do art. 63 do CPB, mas que ostentam dezenas de passagens pelos órgãos policiais.

A grande questão gira em torno dos crimes de trânsito, que tem levado para o banco dos réus pessoas sem nenhum registro policial. O apoio da opinião pública para o perfeito entendimento de que se trata de um legítimo crime de homicídio é fundamental para o sentimento de justiça, o conforto dos familiares e diminuição da violência no trânsito.

Até há pouco, predominava a visão de que os crimes dolosos contra a vida, quando relacionados a acidentes de trânsito, não demonstravam a mesma periculosidade dos demais crimes de homicídio. Essa visão se alterou após julgamentos emblemáticos envolvendo acidentes de trânsito, com a postura firme dos tribunais em levar os réus a Júri popular e manter as condenações proferidas. Diversas campanhas na sociedade despertaram a consciência sobre a gravidade desta conduta. Como exemplo, a campanha “Não foi acidente” conta com milhares de adeptos, com o tema “Bebeu, dirigiu, matou...é doloso”, congregando familiares das vítimas. Referido movimento popular ainda acompanha o andamento dos processos e reporta o julgamento pelo Tribunal do Júri de vários casos envolvendo acidentes de trânsito.

Essa mudança de perspectiva na sociedade foi citada pelos ministros do STF que já se manifestaram favoráveis à execução provisória das penas no Júri, com fundamento na diminuição da sensação de impunidade quanto aos crimes de trânsito. No caso da boate Kiss, uma liminar do TJRS evitou a prisão imediata dos réus após a condenação a pena superior a quinze anos. No entanto, o presidente do STF ordenou o cumprimento do art. 492, I, “e”, do CPP, determinando a execução provisória das penas impostas. Mesmo após essa postura da Suprema Corte, ainda são comuns liminares que impedem a prisão dos réus após a condenação no Júri por crimes de trânsito. Como exemplo, o STJ concedeu liminar no Habeas Corpus nº 723.570, em fevereiro de 2022, para paciente condenado no Júri por homicídio doloso no trânsito, a pena superior a quinze anos, a fim de que aguardasse o julgamento dos recursos em liberdade, até o trânsito em julgado da condenação.

É premente a definição dos tribunais acerca da constitucionalidade da execução provisória das penas impostas no Júri, bem como da compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do crime de homicídio. Afinal, no caso de condenação pelo art. 121, §2º, III e IV, do CPB, o preceito secundário passa a ser de reclusão de doze a trinta anos, podendo a outra qualificadora ser utilizada como circunstância judicial apta a majorar a pena base ou como agravante na segunda fase da dosimetria, o que fatalmente levará a pena ao patamar de quinze anos, importando em prisão imediata do réu após o julgamento.

Afora as situações envolvendo acidentes de trânsito com embriaguez ou “rachas”, os tribunais enfrentam casos episódicos envolvendo dolo eventual. Adiante será analisado um recente julgado do STJ, relacionado ao disparo de arma de fogo, onde se entendeu pela pertinência em conciliar o dolo eventual com as qualificadoras objetivas do homicídio.

A prática de roleta russa, com uma ou duas balas nos tambores do revólver, onde cabem seis, é um exemplo clássico de configuração do dolo eventual. Conforme decidido pelo Superior Tribunal Militar, na Ap. 48.217/DF, julgada em 1999:

“Comete o homicídio com dolo eventual, o agente que pratica a chamada ‘roleta russa’. Apontar, sabendo estar carregada a arma, disparando em direção a outrem, demonstra inequívoca vontade de produzir o resultado morte ou, como no caso, assume o risco de produzi-la. Quando o agente anui ao advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, não há que se falar em culpa consciente, por mais sensível que seja sua distinção com o dolo eventual. Decisão unânime.”

Em caso mais recente, julgado na Apelação nº 7000628-13.2019.7.0.0000, o Superior Tribunal Militar decidiu uma situação envolvendo dois soldados que brincaram perigosamente no quartel general do exército. Os dois teriam apontado as armas um para o outro, sem o carregador, acionando o ferrolho e efetuando o disparo. Sabe-se que mesmo sem carregador, uma pistola pode possuir uma bala apta ao disparo na câmara explosiva. Esta circunstância, apesar de não ser do conhecimento geral, era do conhecimento dos soldados. Na brincadeira, um dos soldados foi atingido de forma fatal.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a denúncia do Ministério Público Militar: embora o órgão acusador pedisse a condenação pelo crime de homicídio com dolo eventual (artigo 205 do CPM), o órgão julgador condenou o réu à pena de dois anos de detenção pelo crime de homicídio culposo (artigo 206, caput, do CPM). O Conselho entendeu não ser possível concluir que o réu havia agido com dolo eventual, uma vez que autor do disparo havia acionado imediatamente socorro via rádio, o que indicaria que ele não desejava ou era indiferente ao óbito do soldado.

O STM reformou o julgamento, entendendo pela presença do dolo eventual, nos termos seguintes:

“Dessa forma, o dolo eventual se configura ao assumir ou incrementar o risco de violar o bem jurídico tutelado mediante arma de fogo, ainda mais, quando sabedor das potencialidades lesivas do armamento. Os critérios para se alçar a tipicidade penal, além da ação e do nexos causal, dependem de duas premissas básicas, quais sejam: a criação ou o aumento de risco não permitido; e a realização ou concretização desse risco no resultado”.

Ao contrário da culpa consciente, não é necessário que o tipo penal preveja a indiferença com o resultado para a punição do agente. O parágrafo único do art. 18 do CPB, ao se referir ao termo “dolosamente”, inclui tanto a vontade quanto a indiferença.

O dolo eventual aplicado aos tipos penais advindos do moderno direito penal possui outros dilemas na sua configuração. A partir dos anos 1970, houve um crescimento na criminalização de condutas lesivas a bens coletivos, supraindividuais ou difusos, em que os direitos e interesses não são atribuíveis a pessoas determinadas, tais como a saúde pública, o meio ambiente e a segurança pública. Além disso, houve uma profusão de tipos de perigo, tanto concreto quanto abstrato, com ofensas claras a princípios clássicos do direito penal, como da subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, taxatividade, lesividade e favor rei.

Também é fruto dessa escolha legislativa a subsidiariedade entre os crimes de perigo e de dano, como no caso do art. 132 do CP, que prevê pena de detenção de três meses a um ano para quem expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente, se o fato não constituir crime mais grave.

Como tendência do moderno direito penal e da política criminal, a imputação objetiva igualmente buscou analisar o incremento do risco na conduta do autor, diferenciando o risco proibido e o risco permitido. Seu desenvolvimento contou com contributos de Roxin, Jakobs, Frisch e Puppe.

Nos últimos anos, o legislador criou tipos penais extensos, dificultando seu enquadramento típico, com a finalidade de proteger novos bens jurídicos que despontaram com avanços tecnológicos. Muitas proposições tramitam no legislativo visando a criação de novos tipos penais, a maioria relacionadas a pautas ideológicas ou tecnologias informacionais. O

parlamento possui um substancial Manual de Técnica Legislativa, com minutas de proposições legais, seguindo o Manual de Redação da Presidência da República. Além disso, realiza concursos públicos para a contratação de consultores legislativos com as melhores remunerações do serviço público brasileiro. Alguns projetos de lei são elaborados ou referendados previamente por comissões de notáveis, formada por juristas de escol.

Inobstante todo esse aparato, causa perplexidade a falta de técnica legislativa em diversos projetos de lei penal que tramitam no parlamento, alguns dos quais alcançam a promulgação sem nenhum reparo. Cite-se como exemplo o PL 2630/2020, que criminaliza a propagação de notícias falsas, contando com tipos penais extremamente vagos e prolixos, em completa afronta ao princípio da taxatividade. O próprio projeto do Novo Código Penal sofre severas críticas de doutrinadores, como Miguel Reale Junior, por sua baixa qualidade técnica.

No dizer de Mauricio Stegemann Dieter, em texto de 2016, “há pouca dúvida sobre a incapacidade técnica do Legislativo brasileiro. Mesmo assim, impressiona a deficiência teórica de senadores e deputados federais quando o assunto é direito penal orientado por uma política criminal racional. Nas últimas três décadas o Legislativo aprovou mais de 115 leis com conteúdo penal. Isso significa que, de 1985 em diante, tivemos uma média de quase quatro leis penais por ano. Como resultado, além da ampliação genérica da competência punitiva do Estado, cerca de 550 crimes foram forçados em um sistema saturado. Essas novas hipóteses de criminalização revelaram-se, com raríssimas exceções, absolutamente desnecessárias – quando não simplesmente estúpidas demais para merecerem uma avaliação utilitária. Entre um sem-fim de exemplos valeria mencionar o terrível “molestamento de cetáceo” (Art. 1.º, Lei 7.643/87) e o “dano a planta ornamental” (Art. 49, Lei 9.605/98), sem falar na imperdoável “violação do registro de topografia de circuito integrado” (art. 54, Lei 11.484/2007) ou no execrável ato de “aquecer água de piscina com gás de cozinha” (Art. 1, II, Lei 8.176/91). Todas as ações que, no entendimento da classe política, precisam ser combatidas com o máximo rigor da pena privativa de liberdade” (O excesso punitivo e mais um erro legislativo). Nestes seis anos desde a elaboração do texto citado, foram criados dezenas de novos tipos penais.

De outro giro, há crimes que reclamam um elemento subjetivo específico, como os crimes contra a honra e de terrorismo. Por fim, existem os crimes de tendência e de intenção. A extorsão mediante sequestro é exemplo do primeiro, bastando o sequestro para a consumação do crime. Neste caso, o recebimento da vantagem será mero exaurimento do crime. Já

o toque do ginecologista é exemplo do segundo, que será considerado crime a depender da atitude pessoal e intenção anímica do profissional. A aplicação do dolo eventual em todos esses casos demanda enorme esforço mental no raciocínio jurídico.

Contudo, em princípio, todas essas condutas criminosas podem ser cometidas por dolo direto ou indireto, havendo ainda algumas previsões para a modalidade culposa. Contudo, o escopo deste trabalho se limitará ao exame do dolo eventual no crime de homicídio.

3-Entendimento dos tribunais superiores sobre o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio.

Quanto as qualificadoras subjetivas, prevalece nas duas turmas do STJ o entendimento de que são compatíveis com o dolo eventual. No Habeas Corpus nº 504.202/RJ, julgado pela 5ª Turma em 4/6/2019, restou decidido que: “A jurisprudência desta Corte reconhece a compatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras de ordem subjetiva, como o motivo torpe”.

Igualmente, no Recurso Especial nº 1.601.276/RJ, julgado pela 6ª Turma em 13/6/2017, restou decidido que:

“Não há incompatibilidade na coexistência da qualificadora do motivo fútil com o dolo eventual em caso de homicídio causado após pequeno desentendimento entre agressor e agredido. Com efeito, o fato de o recorrido ter, ao agredir violentamente a vítima, assumido o risco de produzir o resultado morte, aspecto caracterizador do dolo eventual, não exclui a possibilidade de o crime ter sido praticado por motivo fútil, uma vez que o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o motivo que ensejou a conduta”.

Por seu turno, quanto às qualificadoras objetivas, sua compatibilidade com o dolo eventual é objeto de intensa divergência. No STF, a questão não é enfrentada com a mesma frequência que no STJ, em virtude das diferenças

de composição e competência entre as duas cortes. No entanto, conquanto mais antigos, é possível vislumbrar um embate entre os julgados oriundos do Pretório Excelso. O Habeas Corpus nº 95.136, julgado pela 2ª Turma do STF em 01/03/2011, restou assim ementado:

“Habeas Corpus. Homicídio qualificado pelo modo de execução e dolo eventual. Incompatibilidade. Ordem concedida. O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, §2º, inc. IV, do CP (“traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”). Precedentes. Ordem concedida”.

Por sua vez, no Habeas Corpus nº 111.442, julgado pela 2ª Turma do STF em 28/08/2012, houve corroboração deste entendimento, conforme a ementa abaixo:

“Habeas corpus. 2. Homicídio de trânsito. Embriaguez. Alta velocidade. Sinal vermelho. 3. Pronúncia. Homicídio simples. 4. Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação). 4. Ordem concedida para determinar o restabelecimento da sentença de pronúncia, com exclusão da qualificadora”.

De outro giro, no Habeas Corpus nº 166.526 em 05/08/2020, a 2ª Turma do STF promoveu uma viragem jurisprudencial, em julgamento unânime. Anteriormente, o caso havia sido decidido pela 5ª Turma do STJ, por meio do Habeas Corpus nº 579.208/SP, prevalecendo o entendimento pela compatibilidade entre o dolo eventual e o reconhecimento do meio cruel na conduta. Em parecer no Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República assim se manifestou:

“No caso, o veredito do Júri reconheceu que o paciente perseguiu a vítima com seu carro até prensá-la contra um muro, e que o dolo da conduta não estava direcionado diretamente para matá-la, mas sim para

'dar um susto'. Não obstante, o Júri admitiu que o paciente assentiu que poderia matar a vítima com essa ação, isto é, aceitou que esse resultado poderia acontecer e que de fato ocorreu. Dito isso, revela-se plenamente compatível o dolo eventual com a qualificadora do meio cruel, visto que o paciente assentiu que, com suas ações, poderia ter causado uma morte com sofrimento à vítima, sem piedade. Dessa forma, a qualificadora objetiva do meio cruel é plenamente compatível com o dolo eventual, na medida em que o dolo do agente, direto ou eventual, não exclui a possibilidade de envolver meio mais censurável para execução do crime”.

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma do STF acolheu esse entendimento de forma unânime, conforme constou do acórdão do HC 166.526:

“Sem adentrar o mérito da causa, mas para afastar eventual possibilidade de concessão da ordem de ofício, é de se anotar que no acórdão impugnado, ao se assentar a compatibilidade entre a qualificadora do meio cruel e o dolo eventual reconhecido pelo Conselho de Sentença, não incorreu em ilegalidade manifesta ou teratologia. O paciente ter assumido o risco de produzir o resultado morte, aspecto caracterizador do dolo eventual, não exclui a possibilidade de o crime ter sido praticado por meio cruel, meio mais reprovável, pois o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o modo pelo qual praticou sua conduta, não se afigurando evidente a apontada incompatibilidade”.

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há intensa discussão acerca da possibilidade de conciliar o dolo eventual com as qualificadoras objetivas no crime de homicídio. No RHC 87.508/DF, julgado por maioria pela 5ª Turma em 23/10/2018, restou decidido que:

“Inexiste incompatibilidade entre o dolo eventual e o reconhecimento do meio cruel para a consecução da ação, na medida em que o dolo do agente, direto ou indireto, não exclui a possibilidade de a prática delitiva envolver o emprego de meio mais reprovável, como veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel”.

No Recurso Especial nº 1.573.829/SC, julgado pela 5ª Turma em 9/4/2019, esse entendimento foi novamente agasalhado. De outro giro, no AREsp 1682533/SP, julgado pela mesma 5ª turma em 19/5/2020, houve uma viragem jurisprudencial, desta feita em julgamento unânime, seguido por todos os integrantes do colegiado, nos seguintes termos:

“Conquanto a incidência da súmula nº 182 do STJ, verifico a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício, tendo em vista a incompatibilidade entre o dolo eventual e as circunstâncias qualificadoras do perigo comum e do recurso que dificultou a defesa da vítima, previstas na parte final dos incisos III e IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal. O agente, quando atua imbuído em dolo eventual, não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo”.

Por seu turno, no Recurso Especial nº 1.848.841/MG, julgado pela 6ª Turma do STJ em 2/2/2021, restou decidido que:

“A qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal não se compatibiliza com a figura do dolo eventual, pois enquanto a qualificadora sugere a ideia de premeditação, em que se exige do agente um

empenho pessoal, por meio da utilização de meio hábil, como forma de garantia do sucesso da execução, tem-se que o agente que age movido pelo dolo eventual não atua de forma direcionada à obtenção de ofensa ao bem jurídico tutelado, embora, com a sua conduta, assuma o risco de produzi-la”.

Por fim, em 15/06/2021, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp. nº 1.836.556, entendendo de forma igualmente unânime pela compatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras objetivas, desde que reste demonstrado que o autor delas se utilizou dolosamente como meio ou como modo específico mais reprovável para agir e alcançar outro resultado, mesmo sendo previsível e tendo admitido o resultado morte. Conforme constou na ementa do julgado:

“Aqueles que compreendem pela incompatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras objetivas do art. 121, § 2º, III e IV, do CP, escoram tal posição na percepção de que o autor escolhe o meio e o modo de proceder com outra finalidade, lícita ou não, embora seja previsível e admitida a morte. Tal posicionamento, retira, definitivamente do mundo jurídico, a possibilidade fática de existir um autor que opte por utilizar meio e modo específicos mais reprováveis para alcançar fim diverso, mesmo sendo previsível o resultado morte e admissível a sua concretização. Ainda, a justificativa de incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras objetivas, inexistência de dolo direto para o resultado morte, se contrapõe à admissão nesta Corte de compatibilidade entre o dolo eventual e o motivo específico e mais reprovável (art. 121, § 2º, I e II, do CP). Com essas considerações, elege-se o posicionamento pela compatibilidade, em tese, do dolo eventual também com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV, do CP)”.

Neste último julgado do STJ, a denúncia narrou que uma policial de folga teria efetuado um disparo de arma de fogo contra integrantes de uma festa, por conta do barulho que causavam, sem alvo individualizado, atingindo fatalmente uma das integrantes na cabeça. A decisão de pronúncia acatou o dolo eventual na conduta, porém, decotou as qualificadoras do art. 121, §2º, II, III e IV, do CP, pronunciando a acusada por homicídio simples, nos seguintes termos:

“Assim, uma vez que a descrição das qualificadoras contidas na denúncia, no presente caso, em verdade se presta à delimitação do próprio elemento subjetivo da conduta da acusada (e desta forma deverá constar do quesito a ser dirigido aos senhores jurados conforme constou do item anterior), por óbvio não se poderia admitir a formulação de indagações idênticas relativas às circunstâncias do art. 121, §2º, incisos II, III e IV, do CP, sob pena de bis in idem. Outrossim, não se pode admitir que outros elementos eventualmente presentes nos autos (e não descritos na denúncia) sejam utilizados a fim de justificar a imputação das circunstâncias qualificadoras, sob pena de violação ao princípio da correlação. Ante o exposto, entendo que as circunstâncias qualificadoras descritas pelos incisos II, III e IV, do §2º, do art. 121, do CP, devem ser decotadas da imputação, para que a acusada reste submetida a julgamento pela suposta infração ao art. 121, caput, do CP”.

Contra essa decisão foi interposto Recurso em Sentido Estrito ao TJPR, o qual rechaçou a qualificadora de impossibilidade de defesa da vítima, por ser incompatível com o dolo eventual, bem como excluiu a qualificadora de perigo comum, por falta de indícios. Conforme constou no acórdão do TJPR:

“Quanto à qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, esta, por entendimento jurisprudencial consolidado, inclusive nesta Câmara Julgadora, não se compatibiliza com o dolo eventual, por ausência de dolo de surpresa no ataque. Em relação a este pedido, observa-se que a

jurisprudência do STF é uníssona no entendimento que não há que se falar na qualificadora da surpresa em casos de dolo eventual. Por fim, não se verifica indícios de que o disparo efetuado em direção aos integrantes da festa tenha resultado em perigo comum. Isso porque, a despeito de parcela das testemunhas ter afirmado que foram desferidos mais de um disparo, fato é que só há indicação de que um foi direcionado aos participantes da festa, do que resulta lógico que somente uma pessoa poderia ser atingida pelo projétil”.

No recurso especial julgado pelo STJ, restou mantida a qualificadora de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, por ser compatível com o dolo eventual, assim como a qualificadora subjetiva do motivo fútil. Quanto à qualificadora de perigo comum, o STJ confirmou sua exclusão, nos termos abaixo:

“Assim, considerando ser possível condenação por homicídio cometido com dolo eventual nas formas qualificadas de ordem objetiva, bem como que entendimento contrário foi o único argumento do TJPR para rechaçar o uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, o recurso especial deve ser provido neste ponto para incluir na pronúncia a qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP. O TJPR constatou indícios de que apenas um disparo apto a acertar única pessoa foi direcionado aos participantes da festa, embora testemunhas tenham afirmado que ouviram mais de um disparo. A configuração do perigo comum por disparo de arma de fogo tem como pressuposto mais de um disparo direcionado aos presentes no local ou único disparo a eles direcionado com potencialidade lesiva apta para alcançar mais de um resultado, o que não foi constatado”.

Deveras, no tocante à qualificadora do perigo comum, no julgamento do Habeas Corpus nº 627.882/SP pela 6ª Turma do STJ em 2/3/2021, restou

decidido que: “Caso em que o Tribunal de origem manteve a qualificadora relativa ao perigo comum, tendo em vista o fato de que o pronunciado teria, ao adentrar em um bar, efetuado 12 disparos de arma de fogo”.

Logo, o disparo contra uma aglomeração de pessoas de apenas um projétil, com potencialidade lesiva para uma única vítima, como uma bala de revólver, não caracteriza a qualificadora do perigo comum. Diferentemente, o disparo de um projétil com capacidade de atingir mais de uma vítima, como os disparos de espingarda, configuram o perigo comum, sendo ainda essa qualificadora compatível com o dolo eventual.

No rito do Tribunal do Júri, somente se admite a exclusão de qualificadoras da pronúncia em grau de recurso quando forem manifestamente descabidas, sob pena de afrontar a soberania do Júri. Desta forma, o fato de a acusada ter efetuado apenas um disparo em direção aos integrantes da festa revela a improcedência manifesta da qualificadora do perigo comum, justificando sua exclusão em sede de recurso especial.

Conforme visto acima, sobressai a dificuldade da acusação em narrar separadamente as circunstâncias que delimitam a assunção do risco que caracterizam o dolo eventual e as qualificadoras do crime de homicídio, tal como determina o art. 41 do CPP. Isso porque, as circunstâncias fáticas que compõe o elemento subjetivo do dolo eventual muitas vezes se confundem com a justificativa das qualificadoras, impactando na quesitação aos jurados, que responderão perguntas idênticas para o elemento subjetivo da conduta e para as qualificadoras. Este procedimento pode configurar afronta ao princípio da vedação à dupla punição pelo mesmo fato. Como dito antes, o dolo eventual é deduzido das circunstâncias que cercam o fato, e não da análise psíquica do agente, cabendo à acusação expô-las separadamente. Não é incomum que essas mesmas circunstâncias sirvam para caracterizar as qualificadoras do homicídio.

A diferenciação é pertinentes, já que as sanções por homicídio simples ou qualificado possuem diferenças quantitativas e qualitativas. O preceito secundário do crime de homicídio simples prevê pena de até 20 anos de prisão. Como exemplo, no caso “Boate Kiss”, a sentença do Júri impôs aos condenados penas de 18 a 22 anos de prisão por homicídio simples, considerando o concurso formal, com exasperação da maior pena em um meio. No REsp. nº 1.790.039, o STJ entendeu que houve dolo eventual no caso da boate Kiss, nos seguintes termos:

“a afirmação segundo a qual os réus teriam agido com dolo eventual não implica dizer que eles tenham previsto a morte de 242 pessoas no incêndio e as lesões a outros 636 indivíduos, mas que estavam cientes de que, dadas as condições do local do acidente e do tipo de show – que contava com o uso de artifício pirotécnico pela banda presente na noite da tragédia –, produziram um incremento considerável do risco que os frequentadores da casa poderiam enfrentar”.

Conforme constou na sentença lavrada pelo Juiz-presidente:

“Notem que, num sistema de execução das penas como o brasileiro, não se está a estabelecer nenhuma demasia. Sendo a condenação por crimes que não ostentam a designação de qualificados, como assentei anteriormente, com 16 ou 25% das penas, consoante o entendimento a ser adotado pelo juízo das execuções acerca do elemento violência, na forma da redação atual do artigo 112 da Lei de Execução Penal, poderão os acusados, ora condenados, alcançaram progressão de regime, restabelecendo o convívio social, em algo que variará entre 2 anos, 10 meses e 21 dias, na mais branda das hipóteses – patamar de 16% para a menor pena aqui fixada – e 05 anos, 07 meses e 17 dias, na hipótese mais gravosa, isto é, considerada a mais elevada das reprimendas e o percentual mais elevado, de 25% para a progressão, sem contar, em qualquer caso, benefícios prisionais como a remição, com capacidade de diminuir em praticamente um terço cada qual destes patamares”.

Aos quatro réus foi imputada na denúncia a prática de homicídios e tentativas de homicídio, praticados com dolo eventual, qualificados pelo uso de fogo, asfixia e torpeza. No entanto, as qualificadoras foram afastadas, e eles responderam por homicídio simples. Conforme informações do site do TJRS, “a existência ou não de dolo (quando o agente assume o risco de

cometer o crime) ocupou o cerne dos debates ao longo de 8 anos. No dolo eventual, o indivíduo, mesmo tendo previsão do resultado, opta por praticar o ato. O autor prevê, admite e aceita o risco de produzi-lo (ele não quer, mas prevê o resultado e o pratica). Para o Ministério Público, essa conduta se aplicaria aos 4 réus. Segundo o assistente de acusação ‘242 pessoas morreram por falta de iluminação para orientar a saída, de extintor de incêndio. Isso é o que traz o dolo. Não cumpriram uma obrigação legal de manter a proteção dos habitantes da boate à noite’”.

Como visto, a pena por homicídio simples, mesmo que em patamar elevado, possibilita uma série de benefícios ao réu. Já a punição por homicídio qualificado caracteriza sua hediondez, tornando o cumprimento da pena bem mais severo, ainda que a pena seja fixada no patamar mínimo de 12 anos. Atualmente, no caso de réu primário, condenado por crime hediondo com resultado morte, a progressão de regime somente ocorre após o cumprimento de 50% da pena, sendo vedado o livramento condicional, conforme o art. 112, VI, “a”, da Lei de Execuções Penais.

Em outro caso emblemático, no acidente de Brumadinho, que ocasionou a morte de 270 pessoas, o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o acidente indiciou 22 pessoas por homicídio com dolo eventual. Posteriormente, a Polícia Federal concluiu as investigações indiciando 19 funcionários por dolo eventual, mesmo entendendo que não houve previsão do acidente. Por fim, em 2020, o MPMG denunciou 16 pessoas por homicídio com dolo eventual.

Contudo, em 2021, o STJ decidiu enviar o caso para a Justiça Federal. Assim, a denúncia do MPMG terá que passar pelo crivo do MPF, que poderá referendá-la ou ofertar uma nova, tendo liberdade, como novo titular da ação penal, para aferir se houve ou não dolo eventual na conduta. Dado o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, a acusação, como regra, já aponta o dolo eventual na ação dos acusados, reservando o pleito de desclassificação para uma possível modalidade culposa do delito nas alegações finais, após a fase instrutória. Caso a denúncia já aponte conduta culposa e a instrução trouxer elementos do dolo eventual, deverá ser feito o aditamento da denúncia, procedendo-se à *mutatio libelli* do art. 384 do CPP, conforme decidido pelo STJ no REsp. nº 1.388.440.

A discussão sobre dolo eventual também se aplica no caso de cães ferozes, como pastor-alemão, rottweiler, dobermann e pitbull. Em caso ocorrido na cidade de Jundiáí, um cão pitbull matou uma criança de oito anos. O dono do animal foi denunciado por homicídio doloso. Segundo a denúncia,

o acusado sabia da agressividade do animal, da animosidade que possuía contra crianças vizinhas e da capacidade de ataque mortal do cachorro, e ainda assim deixou o animal solto pela rua. Neste caso, os elementos fáticos comprovaram a previsão do resultado e assunção do risco de produzi-lo, sobressaindo o dolo eventual pela dedução das circunstâncias fáticas do crime.

Como visto, a definição da compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do crime de homicídio, seja consumado ou tentado, tem especial relevância prática. A esse respeito, no Recurso Especial nº 1.791.278, julgado em 12/02/2019, o STJ entendeu que o dolo eventual é compatível com a modalidade tentada do crime de homicídio praticado na condução de veículo automotor.

Como exposto acima, no AREsp 1.682.533/SP, julgado em 19/05/2020, a 5ª Turma do STJ decidiu de forma unânime pela incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras do perigo comum e do recurso que dificultou a defesa da vítima. O caso concreto envolvia um acidente automobilístico, em que o acusado dirigia o veículo sob efeito de álcool.

Passados pouco mais de um ano desse julgamento, a mesma 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sem alterar sua composição, julgou o REsp. nº 1.836.556, em 15/06/2021, entendendo de forma igualmente unânime pela compatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras objetivas, desta feita em caso envolvendo um disparo de arma de fogo em direção aos integrantes de uma festa.

Sobre o tema, são pertinentes ainda os entendimentos exarados pelo STJ nos Habeas Corpus 656.689 e 678.195, e no Recurso Especial nº 1.922.058, todos de 2021, confluindo para posições divergentes. Em um dos casos, o agente conduzia o veículo em alta velocidade, em estado de embriaguez, fazendo zigue-zague na pista e dirigindo na contramão, com resultado morte, atraindo o dolo eventual na ação praticada. Nesta situação, a conduta ultrapassa a mera imprudência ao volante. No entanto, a compatibilidade com as qualificadoras objetivas, que descrevem os meios e modos da prática do crime, permanece indefinida.

É fácil perceber que as circunstâncias fáticas influenciam na adoção de uma ou outra tese jurídica pelas cortes superiores. No entanto, é necessário traçar critérios objetivos na imputação subjetiva. Como referido acima, o agente, quando atua imbuído em dolo eventual, não quer o resultado lesivo,

não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo.

4- Visão da doutrina nacional e estrangeira sobre o dolo eventual.

Sobre o tema, doutrina pátria busca contributos da doutrina estrangeira, em especial os aportes de estudiosos alemães. As contribuições para a definição do dolo contam com a contribuição de autores como Feuerbach, Reinhard Frank, Karl Engisch, Claus Roxin, Winfried Hassemer, Armin Kaufmann, Günther Jakobs, Rolf Dietrich Herzberg, Ingeborg Puppe, Luis Greco, Ramon Ragués I Vallès.

Este último, professor da Universitat Pompeu Fabra, em Barcelona, discorre também sobre a ignorância deliberada, conhecida no Brasil como cegueira deliberada, oriunda do direito anglo-saxão. Segundo ele, a importação do conceito de ignorância deliberada ao direito continental, como o espanhol, traz problemas no encaixe dentro do modelo de imputação subjetiva, baseado na distinção entre imprudência e dolo. (*La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*, 2008, Atelier Libros S/A).

Ainda sobre a Cegueira deliberada, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú prelecionam:

“Segundo Silva Sánchez, a concepção cognitivo-volitiva de dolo estaria sendo, paulatinamente, substituída, na doutrina mais avançada, por uma concepção puramente cognitiva. Por sua vez, o viés cognitivo do dolo permitiria, ainda, uma subdivisão, ou seja, de um lado, a manutenção de uma concepção ‘cognitivo-psicológica’ ou ‘descritiva’, por intermédio da qual o dolo seria um ‘dato psicológico’, um ‘estado mental’, a ser extraído das circunstâncias do caso concreto, e, de outro, uma concepção ‘cognitivo-normativa’, ou ‘adscritiva’, segundo a qual o dolo não possuiria existência real, sendo, tão somente, o ‘objeto de um juízo de imputação, cujo fundamento proviria de dados da

experiência humana, estes, sim, constatáveis empiricamente”’. (Direito Penal, v. único, editora Atlas, 2018).

Andre Estefam Araujo Lima, Pedro Franco de Campos, Luis Marcelo Mileo Theodoro, Fabio Ramazzini Bechara, lecionam acerca dos elementos subjetivos da conduta, nos seguintes termos: “Elementos subjetivos: dados de natureza anímica ou psíquica. Referem-se à intenção do agente. Não são perceptíveis concretamente, mas apenas examinando o que se passa na mente do agente. Como exemplo, para si ou para outrem (CP, art. 155). (Direito Penal Aplicado, Saraiva, 2013).”

Um dos poucos a abordar diretamente a compatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras do crime de homicídio, Guilherme de Souza Nucci assevera que:

“Não há incompatibilidade. O elemento subjetivo do delito de homicídio é o dolo, em qualquer de suas espécies: direto ou eventual. Portanto, é viável que o agente assuma o risco de produzir o resultado morte (dolo eventual), motivado pela torpeza, futilidade ou ânsia de assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro delito. Embora seja rara a hipótese, não é impossível. Ilustrando, o sujeito pratica o homicídio assumindo o risco de que a vítima seja a testemunha de outro crime por ele cometido”. (Curso de Direito Penal, editora Forense, v. 2, Parte Especial, 2017).

Jamil Chaim Alves entende que o dolo eventual é compatível com a Violenta emoção. Assim, é possível que o agente, sob o domínio da violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima, venha a atacá-la, assumindo o risco de lhe causar a morte. O autor cita o seguinte exemplo: João, conduzindo veículo, é abalroado pelo automóvel de Paulo que, depois da manobra imprudente, faz-lhe gesto obsceno e busca se evadir. Dominado pela violenta emoção, João efetua disparo de arma de fogo querendo atingir o veículo de Paulo, mas vislumbrando a possibilidade de causar a sua morte. O autor compartilha a mesma opinião de Guilherme Nucci, entendendo

possível o encaixe das qualificadoras no crime de homicídio praticado com dolo eventual. (Manual de Direito Penal-Parte Geral e Parte Especial, editora Juspodivm, 2022, pág. 786).

Discorrendo sobre o elemento subjetivo do crime de homicídio, Carlos alberto Garcete de Almeida pontua:

“Elemento subjetivo: exige o dolo, que é a vontade livre e consciente de praticar a conduta prevista no referido tipo, qual seja, matar alguém. Hans Welzel, na teoria do finalismo, tentou construir a existência de um dolo geral (*dolus generalis*) que poderia solucionar a dúvida em casos concretos de ações sucessivas do agente para o que haveria apenas um acontecer unitário da ação. O motivo não se confunde com a intenção. Esta se relaciona com a vontade de praticar a conduta prevista no preceito primário, utilizando de um ou mais atos. Aquele é o estado psíquico de praticar a conduta criminosa por razões variadas, que podem diminuir ou aumentar a reprimenda penal.” (Homicídio, editora Revista dos Tribunais, 2020).

Afora o dolo eventual, a imputação do resultado nos crimes culposos tem merecido a reflexão de boa parte da doutrina, tendo alguns autores procurado substituir o sistema tradicional, por outro, fundado no princípio do incremento do risco. Para Roxin, pioneiro nessa avaliação, o intérprete deve adotar o seguinte procedimento: a) examinar qual a conduta de todos esperada de acordo com os princípios do risco permitido; b) compará-la com a do agente, com o escopo de verificar se ele aumentou o risco ao bem. Constatando-se o incremento do risco, haverá culpa, de modo que o sujeito responderá pelo resultado produzido, se prevista a forma culposa; caso contrário, não haverá crime. Este procedimento pode esbarrar no critério de identificação do dolo eventual de Frank, adotado pelo CPB, conforme indicado acima.

Conforme os comentários de Nelson Hungria e Heleno Fragoso sobre as “fórmulas de Frank”, para a caracterização do dolo eventual:

“A primeira delas assim decide: a previsão do resultado como possível somente constitui dolo, se a previsão do mesmo resultado como certo não teria tido o agente, isto é, não teria tido o efeito de um decisivo motivo de contraste. É esta a fórmula denominada da teoria hipotética do consentimento, a que o próprio Frank acrescentou esta outra (chamada da teoria positiva do consentimento): se o agente diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir, é responsável a título de dolo”. (Comentários ao Código Penal, volume. 1, editora GZ, 2018, pág. 122).

Por seu turno, no magistério de Francisco Dirceu Barros:

“A rigor, a expressão assumir o risco é imprecisa para distinguir o dolo eventual da culpa consciente e deve ser interpretada em consonância com a teoria do consentimento (STJ-Resp. 192.049). André Estefam e Victor Eduardo Rios: ‘não se pode confundir culpa consciente com dolo eventual. Em ambos, o autor prevê o resultado, mas não deseja que ele ocorra; porém, na culpa consciente, ele tenta evitá-lo; enquanto no dolo eventual, mostra-se indiferente quanto à sua ocorrência, não tentando impedi-lo’. Há comportamentos perigosos imprescindíveis, que não podem ser evitados e, portanto, por seu caráter emergencial, tidos como ilícitos (sic). Mesmo arriscada, a ação deve ser praticada, e aceitos eventuais erros, dado que não há outra solução. Exemplo: médico que realiza uma cirurgia em circunstâncias precárias, podendo causar a morte do paciente. (Tratado Doutrinário de Direito Penal, editora JH Mizuno, Volume 1, 2ª edição, 2021, pag. 207)”.

Malgrado constar o termo “ilícitos” no excerto acima, entendemos que o autor pretendeu se referir ao termo “lícitos”. De fato, Karl Binding, ao

estudar o crime culposo, dizia que, quanto mais imprescindível for um tipo de comportamento humano, maior será o risco que em relação a ele se deverá enfrentar, sem que disso possa resultar qualquer espécie de reprovação jurídica. Delimita-se, dessa forma, a linha divisória entre o crime culposo e os fatos impuníveis resultantes do risco juridicamente tolerado.

De outro giro, discorrendo sobre a congruência dos elementos subjetivos, Francisco Dirceu Barros preleciona:

“Todos os tipos dolosos exigem que haja uma congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo. Esta congruência nem sempre é da mesma entidade: há tipos dolosos que requerem unicamente que seu aspecto subjetivo contenha o querer a realização do tipo objetivo (que é o dolo). Assim, o homicídio do art. 121 do CP requer apenas que o autor queira a morte de um homem. Mas o tipo do art. 121, §2º, V, do CP, exige, além da vontade de matar, que é o dolo, isto é, o querer a realização do tipo objetivo, que se o faça ‘para assegurar a execução, a impunidade ou vantagem de outro crime’. (Tratado Doutrinário de Direito Penal, editora JH Mizuno, Volume 1, 2ª edição, 2021, pag. 201)”.

Por fim, diferenciado o dolo eventual da culpa consciente, Francisco Dirceu Barros pondera:

“Inicialmente, é necessária a lição de Juarez Cirino dos Santos, afirmando que a definição de dolo eventual e sua distinção da imprudência consciente, como conceitos simultaneamente excludentes e complementares, é uma das mais controvertidas e difíceis questões de direito penal. A culpa consciente limita-se com o dolo eventual (art. 18, I, parte final, do CP). A diferença é que, na culpa consciente, o agente não quer o resultado nem assume deliberadamente o risco de produzi-lo. Apesar de sabe-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só não acontece por erro de cálculo ou por erro na execução. No dolo eventual, o agente não só

prevê o resultado danoso como também o aceita como uma das alternativas possíveis. (Tratado Doutrinário de Direito Penal, editora JH Mizuno, Volume 1, 2ª edição, 2021, pag. 204)”.

Associando o dolo eventual à escolas penais, Cristiano Rodrigues preleciona:

“Podemos afirmar que o dolo eventual nitidamente tem características causalistas, pois nele, como não há intenção de se produzir um resultado, o crime irá se caracterizar apenas quando o resultado previsto pelo agente vier a ser causado. Sendo assim, diferentemente do dolo direto, característico do finalismo (intenção), no dolo eventual o agente não quer, mas apenas aceita, o resultado, logo, não se pode tipificar a conduta com base na finalidade dele ao agir, devendo-se vincular a existência do crime à concreta produção do resultado previsto, e somente se este efetivamente for causando pela conduta praticada”. (Manual de Direito Penal, editora Foco, 2019, pág. 180).

Discorrendo sobre o princípio da referibilidade do fato ao autor, Giuseppe Bettiol e Rodolfo Bettiol asseveram:

“Mas o que é o dolo? Não há dúvida que ele seja uma forma que assume o liame psicológico entre a *mens auctoris* e o fato do reato. Diz-se sob este perfil que o dolo é uma combinação de atividade intelectual e de atividade volitiva: ele é a previsão e a voluntariedade da ação e do evento constitutivo de um reato. Quando um sujeito opera com uma clara visão das consequências do agir e deseja as consequências mesmas, age no dolo. (...) Na responsabilidade por culpa deve sempre subsistir um nexó psicológico entre a ação imprudente e o evento lesivo: este é dado pela previsão ou, quando não, pela previsibilidade do

evento. Previsão, quando o evento foi previsto pelo sujeito agente, que também operou confiando que o evento não teria se verificado e, portanto, sem aceitar o risco do mesmo evento (a diferença do dolo eventual onde o agente fica indiferente acerca da verificação do evento ou aceita seu risco); previsibilidade quando o autor, mesmo sem ter efetivamente previsto, se encontra na impossibilidade de prever as consequências do operar nas condições histórico-ambientais nas quais realizou a ação de risco.” (Instituições de Direito e Processo Penal, editora Pillares, 2008, pág. 122).

Em substanciosa análise, perscrutando os elementos do dolo, cuja reprodução dos principais pontos é essencial para a perfeita compreensão do problema, Cezar Roberto Bitencourt discorre:

“A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo direto, como seus elementos constitutivos, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentaram os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa. Com todas as expressões — aceita, anui, assume, admite o risco ou o resultado — pretende-se descrever um complexo processo psicológico em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de ser reduzidos a um conceito unitário de dolo. No entanto, como a distinção entre dolo eventual e culpa consciente paira sob uma penumbra, uma zona gris, é fundamental que se estabeleça com a maior clareza possível essa região fronteira, diante do tratamento jurídico diferenciado que se dá às duas categorias. O dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou simples desejo de

que determinado resultado ocorra, como no exemplo trazido por Welzel, do sujeito que manda seu desafeto a um bosque, durante uma tempestade, na esperança de que seja atingido por um raio. No entanto, se o agente não conhece com certeza os elementos requeridos pelo tipo objetivo, mas, mesmo na dúvida sobre a sua existência, age, aceitando essa possibilidade, estará configurado o dolo eventual.

Sinteticamente, procura-se distinguir o dolo direto do eventual, afirmando-se que “o primeiro é a vontade por causa do resultado; o segundo é a vontade apesar do resultado”. Frank, em sua conhecida teoria positiva do conhecimento, sintetiza a definição de dolo eventual, nos termos seguintes: “se o agente diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso, não deixo de agir, é responsável a título de dolo eventual”. No entanto, nosso Código equiparou-os quanto aos seus efeitos, nos precisos termos da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, da lavra do Ministro Francisco Campos, *in verbis*: “O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.

Especiais motivos de agir: o motivo impulsiona, a intenção atrai. Os motivos constituem a fonte motriz da vontade criminosa. Como afirmava Pedro Vergara, ‘os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas’. Essas elementares constitutivas do tipo, necessariamente, devem ser abrangidas pelo dolo, mesmo que não se realizem, sendo suficiente que orientem a conduta do agente”. (Tratado de Direito

Penal, v. 1, Parte Geral, editora Saraiva, 17ª edição, 2012.)

De outro giro, discorrendo sobre o dolo eventual no crime de homicídio, César Roberto Bitencourt assevera:

“O fundamental é que o dolo eventual apresente estes dois componentes: representação da possibilidade do resultado e anuência à sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo. Enfim, como sustenta Wessels, haverá dolo eventual quando o autor não se deixar dissuadir da realização do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justificar a assertiva de que, em razão do fim pretendido, ele se tenha conformado com o risco da produção do resultado ou até concordado com a sua ocorrência, em vez de renunciar à prática da ação. Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir dolo eventual e culpa consciente: teoria da probabilidade e teoria da vontade ou do consentimento. A primeira, diante da dificuldade de demonstrar o elemento volitivo, o querer o resultado, admite a existência do dolo eventual quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo ou não a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá culpa consciente. Para a segunda, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir. Haveria culpa consciente se, ao contrário, desistisse da ação se estivesse convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado”. (Tratado de Direito Penal, v. 2, Parte Especial, editora Saraiva, 17ª edição, 2012).

Por sua vez, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú fazem importante colocação sobre o desenvolvimento histórico do tema, nos termos seguintes:

“Sobre o descobrimento do tipo subjetivo: Por conta das tendências neokantistas ou teleológicas, a noção de tipo objetivado e avalorado de Beling – isto é, do tipo puramente descritivo, descrevendo uma conduta criminosa como se estivesse descrevendo o funcionamento de uma máquina ou a planta de um imóvel – foi seriamente questionada. Max Ernst Mayer e Edmund Mezger, dentre outros, evidenciaram que, em muitos casos concretos, não apenas a culpabilidade, mas a própria tipicidade do fato dependia da aferição da vontade do autor. Ou, em outros termos, da análise de elementos subjetivos especiais. Em suma, saber-se de qual delito se trata tipicamente, exigia, não raro, análise de elementos intra-anímicos.

A parte cognitiva, isto é, a consciência, deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. A consciência do dolo abrange a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a consciência da ilicitude, que está deslocada para o interior da culpabilidade (é o conhecimento das circunstâncias necessárias à composição da figura típica). O momento volitivo pressupõe a previsão fática (aspecto cognitivo), abrangendo, pois, a conduta (ação ou omissão), o resultado e o nexos causal. Como lembra Ingeborg Poppe, a vontade se constitui somente no fato e com o fato. A previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, sem previsão, é absolutamente impossível. O dolo como simples resolução é penalmente irrelevante, visto que o Direito Penal não pode atingir ao puro ânimo. Somente nos casos em que conduza a um fato real e o governe, passa a ser

penalmente relevante.” (Direito Penal, v. único, editora Atlas, 2018).

André Estefam aponta as diferenças entre culpa consciente e dolo eventual nos seguintes temas:

“Não se pode confundir culpa consciente com dolo eventual. Em ambos, o agente prevê o resultado, mas não deseja que ele ocorra; porém, na culpa consciente, ele tenta evitá-lo, enquanto no dolo eventual mostra-se indiferente quanto à sua ocorrência, não tentando impedi-lo. Assim, por exemplo, se o praticante de tiro ao alvo efetua o disparo, mesmo percebendo que há uma pessoa próxima do local, mas erra a mira e mata o indivíduo (pois confiou levemente em sua pontaria), teremos culpa consciente. Se, nas mesmas circunstâncias, o sujeito atira sem se importar em atingir e matar a pessoa, pensando “se morrer, morreu”, haverá dolo eventual”. (Direito Penal. Parte Especial, editora Saraiva, 5ª edição, 2018).

Segundo o escólio de Juarez Cirino dos Santos:

“O dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variação para as situações respectivas de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita; imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, pela leviana confiança na ausência ou evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado, etc. na realização concreta da ação”. (Direito Penal, editora Tirant Brasil, 2020, pág. 143).

Conforme tradicional entendimento jurisprudencial, exarado pelo STJ no Recurso Especial, 1043279/PR em 2008:

“Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, há que evidenciar como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento”.

Como visto, a jurisprudência tradicionalmente se posiciona no sentido de existir dolo eventual na conduta do agente responsável por graves crimes praticados na direção de veículo automotor. Esta escolha tem por base as diversas campanhas educativas realizadas, demonstrando os inúmeros riscos da direção ousada e perigosa, como ocorre no racha e no excesso de velocidade praticados em via pública. Tais advertências são suficientes para esclarecer motoristas da vedação legal de tais comportamentos, bem como dos resultados nefastos que são ordinariamente causados. E, ainda assim, se o agente continua a agir de forma imprudente, revela a sua indiferença com os bens coletivos, seu despreendimento com a vida e a integridade corporal alheia, sendo-lhe imputável o crime a título de dolo.

Quanto ao homicídio praticado na direção de veículo automotor, em decorrência do estado de embriaguez, a análise da situação concreta é o norte para a correta tipificação da conduta. Assim, o indivíduo que nem sequer tem condições para andar, por óbvio não pode se aventurar na direção. Se o fizer, não é justo que lhe seja atribuída a mera violação de um dever objetivo de cuidado. Ao revés, é justo que se entenda pela assunção do risco de produção do resultado danoso.

Analisando os elementos anímicos da conduta, Francisco Muñoz Conde esclarece:

“Com a categoria do dolo direto não se podem abarcar todos os casos nos quais o resultado produzido, por razões de política criminal, deva ser imputado a título de dolo, ainda que o querer do sujeito não esteja referido diretamente a esse resultado. Fala-se aqui de dolo eventual. No dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas “conta com ele”, “admite a sua produção”, “assume o risco” etc. Com todas essas expressões pretende-se descrever um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa. O dolo eventual constitui, portanto, a fronteira entre o dolo e a negligência ou a culpa e dado o diverso tratamento jurídico de uma ou outra categoria é necessário distingui-las com a maior clareza”. (Teoria Geral do Delito, editora Safe, 2004, pág. 60).

O dolo eventual é admitido em todo e qualquer crime que seja com ele compatível, devendo ser detalhadamente descrito na peça acusatória. Porém, existem hipóteses em que o próprio tipo penal exige o dolo direto, sendo insuficiente a mera assunção do risco de produzir o resultado. De igual modo, parcela da doutrina entende que o dolo eventual deve ser valorado de forma mais branda que o dolo direto. Nesse sentido, o magistério de Paulo César Busato:

“É evidente que, em uma estrutura de desvalor criminal, a atitude de quem age com dolo eventual, embora leviana, não é agressiva e, a despeito de que não haja diferença técnica entre as distintas classes de dolo no que tange à imputação, a mensuração da pena, em função da incidência do princípio da culpabilidade, obrigatoriamente diferenciará entre as

classes de dolo”. (Direito penal, v. 1, Parte Geral, editora Atlas, 5ª edição, 2020).

O exame dos critérios para configuração do dolo eventual recebe contributos da teoria da ação. Neste tema, sobressai os estudos atuais sobre a ação significativa. A esse respeito, Pedro H. C. Fonseca preleciona:

“A ação significativa não é baseada na ideia de ação decorrente da intenção do agente. Não é fruto da interpretação normativa, nem decorre da existência ontológica. A ação significativa é produto das interpretações decorrentes de regras sociais impostas por participantes que fazem parte de um contexto socialmente lastreado. Existe ato de fé dos participantes da interpretação das regras e da ação. (Direito penal e ação significativa, editora Foco, 2ª edição, 2021, pág. 103)”.

Sobre o tema, Tomás Salvador Vives Antón, citado por Pedro Fonseca, assim preleciona:

“A liberdade de ação constitui, como implicitamente demonstrado até agora, o ponto de união entre a doutrina da ação e da norma: pois somente se os movimentos corporais não estiverem inteiramente regulados por leis causais, somente se houver margem de indeterminação que permita falar de ações distintas dos fatos naturais, podem pretender, por sua vez, que estas sejam regidas por normas. A análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza somente tem sentido com a pressuposição da liberdade de ação, que converte, assim, no pressuposto sobre o que, necessariamente, gera a sistemática. (Direito penal e ação significativa, editora Foco, 2ª edição, 2021, pág. 102)”.

Logo, a ação, a norma e a liberdade de ação são estruturantes da teoria do delito, quando se pretende inserir conteúdo democrático na dogmática penal, conforme assevera Pedro Fonseca:

“A teoria da ação significativa coloca a análise da linguagem aos elementos da teoria do delito. Não existe dúvida que a ação tem absoluta importância na composição da teoria do delito. Do causalismo em diante, verificou-se a importância da ação na estrutura dogmática, uma vez que foi identificada como ponto fundamental da teoria do delito. A teoria finalista teve expressividade quanto a consideração da ação finalista no âmbito da teoria do delito. (...) Verifica-se que o nexos causal é estabelecido na mente do intérprete, que busca dar sentido ao acontecimento, levando em conta o plano linguístico do seu significado. Não se leva em conta o nexos causal sob o plano empírico, naturalístico. O significado do aspecto causal é destacado pela interpretação da conduta do agente. (Direito penal e ação significativa, editora Foco, 2ª edição, 2021, pág. 99)”.

Como visto, o dolo eventual deve se encaixar nos elementos componentes da teoria do delito, como a ação, os elementos subjetivos específicos e as qualificadoras. Nesse sentido, seria possível falar em dolo específico eventual.

Segundo apontamos em outro trabalho:

“A teoria causal da ação deve sua elaboração a Liszt, Beling e Radbruch. No entanto, sua base repousa nos escritos do filósofo austríaco Franz Bretano, que já em fins do século XIX procurava diferenciar os fenômenos psíquicos dos físicos, atribuindo aos primeiros a característica da intencionalidade, concepção ajustada à psicologia associativa da época. Para Bretano, diversamente do que ocorre com os fenômenos físicos, todo ato psíquico aponta para um objeto: pensar é pensar algo, querer é querer algo. Desta forma, reelaborando a noção de

intencionalidade, tomada de empréstimo aos escolásticos, a erige em atributo necessário de todo e qualquer verdadeiro ato psíquico. E com isso veio a exercer importante influência sobre os filósofos Husserl e Heidegger.

A ideia de ‘intencionalidade’ de Bretano foi utilizada na teoria da ação, na forma de uma causalidade dirigida. Posteriormente, foi transmutada para ‘finalidade’ na teoria finalista da ação, de Hans Welzel em 1931 (Princípios Básicos de Direito Penal, Francisco de Assis Toledo, 5ª edição, 1994, p.94).

De outro giro, as teorias atuais sobre o dolo recebem influxos de estudos neurocientíficos. A figura do dolo é debatida há milênios, desde a Grécia clássica e o antigo império romano, com o *dolus malus*. A vertente tradicional entende o dolo como a consciência e vontade no agir delituoso. No entanto, as atuais teorias acerca do dolo o despem de seu elemento volitivo, persistindo somente o seu elemento cognitivo. Wolfgang Frisch é um dos principais teóricos do dolo puramente cognitivo, entendendo desnecessário analisar a vontade do agente na conduta criminosa.

No afresco ‘A criação de Adão’, na capela sistina, Adão possui livre arbítrio para estender o dedo e tocar a mão de Deus. Essa noção de livre arbítrio está na raiz do moderno direito penal, e tem sido posta em cheque por experimentos de ressonância magnética de até 7 teslas (Neurociência e Direito penal, 2014, Paulo Cesar Busato). Atualmente, esses experimentos são conduzidos por ímãs de 10,5 teslas, com peso equivalente a três aviões Boeing 737. (NLL, LIA e CP, Comentários à Nova Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa e Parte Geral do Código Penal. Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, editora DIN.CE, 2022, pág. 167)”.

Comentando o crime de terrorismo, Paulo César Busato adverte:

“A finalidade específica contida no tipo é definida pela doutrina como elemento subjetivo específico, dolo específico, pretensão conceitual de relevância (Paulo César Busato) ou elementos subjetivos do tipo distintos do dolo (Zaffaroni e Pierangeli). Uma rápida análise na Parte Geral do Código Penal revela o constante uso dessas finalidades específicas nas definições legislativas criminais. Embora seja apurado que apenas o recém editado delito do art. 180-A contenha o termo ‘com a finalidade de’ (incluído pela Lei nº 13.330/2016), modalidade qualificada de receptação com tutela de animais semoventes, outras conjunções subordinativas finais podem aparecer. Deste modo, verifica-se existirem vinte e cinco tipos penais que utilizam a expressão ‘com o fim de’, cinco tipos com a terminologia ‘com o intuito de’ e quatro tipos penais com os vocábulos ‘com intuito de’. Assim, embora possa se afirmar que com o acolhimento da teoria finalista pela Reforma de 1984, essa diferenciação terminológica perderia sentido diante da constatação de que toda e qualquer ação é uma ação final, nota-se a constante atribuição legislativa à finalidade específica de condutas criminais. Na prática, como bem alertam Martinelli e Bem, isso resulta em afirmar que cumprirá ao representante do Ministério Público provar esse especial momento anímico. (Lei Antiterror Anotada, editora Foco, 2016, págs. 31/32)”.

Sobre a incriminação dos atos preparatórios do terrorismo, em comparação com a tipificação dos atos preparatórios do crime de falsificação de moeda, Paulo César. Busato adverte:

“A situação do tipo penal do art. 5ª da Lei nº 13.260/2016 é diferente. Não se define absolutamente qual é a conduta incriminada. Ao contrário, recorre-se a um conceito técnico-jurídico impreciso para estabelecer o âmbito da incriminação de modo que

simplesmente não se sabe o que é incriminado. Sim, pois o aparente núcleo do tipo é realizar, que não é capaz de traduzir absolutamente nada desvinculado de seu objeto. Ao ser um verbo transitivo direto, é preciso avaliar que quem realiza deve realizar algo. Este algo seriam atos preparatórios. No entanto, atos preparatórios é uma expressão que em nada pode esclarecer o conteúdo do núcleo do tipo, por ser ela própria uma expressão que pode traduzir uma multiplicidade de coisas. (Lei Antiterror Anotada, editora Foco, 2016, pág. 90).

Questão de relevo reside na análise acerca da possibilidade de crime passional com dolo eventual. No homicídio passional não existe vinculação lógica entre distúrbios de personalidade e capacidade de entender e querer. No crime passional, em que se desenvolve a violenta emoção, não existe prejuízo nas dimensões neuropsicológica e epistemológica da consciência. Os aspectos afetivos e cognitivos da consciência mantêm-se inalterados no cometimento do crime. O prejuízo nessa modalidade de homicídio situa-se quanto ao aspecto ético da consciência.

Assim, o autor de crime passional, logo imputável, deve ser punível, apesar da atenuante ou da redução de pena prevista. Em que pese a ciência das regras e normas e a necessidade de se comportar de acordo com elas, falta ao agente o domínio ético sobre suas próprias decisões. Isso sugere a necessidade de uma avaliação criteriosa de cada caso, ao se definir a imputabilidade penal. No entanto, nada impede a configuração do dolo eventual com a violenta emoção, podendo configurar o homicídio privilegiado com dolo eventual.

Em importante contribuição doutrinária, Juarez Cirino dos Santos faz alusão à dimensão temporal do dolo. (Direito penal. Parte Geral, 9ª edição, 2020, editora Tirant Brasil, pág. 166). De fato, para se falar em comportamento doloso, é indispensável que a valoração da atitude mental do indivíduo seja limitada pelo momento de realização da conduta típica. Por essa razão, o conhecimento ou vontade anterior (*dolus antecedens*) ou os atos posteriores (*dolus subsequens*) à realização da conduta não devem ser levados em consideração para determinar o nível de imputação subjetiva.

Por sua vez, Juarez Tavares discorre sobre os modelos performáticos. Esses modelos possuem origem na filosofia analítica (Weber; Wittgenstein; Habermas). A performatividade decorre dos “atos de fala” (Austin). Exigem de seus autores um posicionamento dinâmico em face do espaço e tempo em que se realizam. O sentido da conduta será definido a partir da dinâmica contextual (conjunto social). Assim, a ação performática é uma ação dinâmica, que não pode estar separada do contexto e de outros participantes.” (Fundamentos de Teoria do Delito, editora Tirant Brasil, 3ª edição, 2020, Pag. 147).

De outro giro, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitti de Bem discorrem sobre a crise do conceito volitivo do dolo e adoção do dolo puramente cognitivo. (Direito Penal. Lições Fundamentais: Parte Geral, editora D’Plácido, 6ª edição, 2021, págs. 588/590).

Ingeborg Puppe enfrenta a polêmica sobre as teorias que querem realizar a distinção entre o dolo e a culpa com base em sutilezas de índole interna, propondo que o critério de distinção seja a qualidade do perigo. (A Distinção Entre Dolo e Culpa, editora Manole, 2004).

Enéas Xavier Gomes explora a prescindibilidade da vontade psicológica para a configuração do dolo e a proeminência da vontade normativa, estabelecendo critérios para a aferição normativa dos elementos subjetivos especiais. O elemento volitivo do dolo tradicionalmente se baseia no espectro psicológico. Para a concepção psicológica, a vontade é aferida partindo-se da averiguação de fenômenos psíquicos que existem na mente do sujeito ativo no momento da conduta, projetados sobre uma realidade que ocorreu no passado. O referido autor refuta essa associação, compreendendo a vontade como um sentido atributivo-normativo. (Dolo Sem Vontade Psicológica: Perspectivas de aplicação no Brasil, 2017, editora D’Plácido, pág. 168).

Estudos recentes debatem as teses volitivas e cognitivas do dolo. Estas últimas se dividem em cognitivas subjetivas e objetivas. Nesse sentido, o dolo possui como elementos o saber e o querer. O saber é um processo mental. Debate-se, igualmente, sobre a utilização de verbos psicológicos e os processos interno e externo que delimitam uma ação voluntária, a fim de definir se realmente é possível se falar na existência de uma intenção natural. (Dolo e Direito Penal. Modernas Tendências, editora Tirant Brasil, 2019, pág. 129).

Para Wagner Marteleto Filho, o dolo eventual é a forma mais básica do dolo. O autor explora as nuances do dolo no famoso caso da correia de couro, de 1955, julgado pelo Tribunal Supremo Federal da Alemanha. Neste caso, dois indivíduos, visando roubar um comerciante, apertaram seu pescoço com uma correia até que desfalecesse, sem intenção de matá-lo. Após a subtração, tentaram reanimá-lo, mas já estava morto. O autor discorre ainda sobre a co-consciência, a dolosidade e os critérios fenomenológicos de classificação do risco, com associação entre o perigo desprotegido e o perigo doloso, propondo um catálogo de indicadores para aferição da conduta dolosa. (Dolo e Risco no Direito Penal. Fundamentos e Limites para a Normatização, 2020, editora Marcial Pons, 2020, pág. 447). Outros casos célebres de análise do dolo são o “caso do cão hidrófobo” e o “caso Thomas”, de 1875.

A professora da Universidade de Bonn, na Alemanha, Ingeborg Puppe, é famosa por sua abordagem de casos práticos. Ela fez duas apresentações em São Paulo, debatendo casos vinculados à imputação do resultado e à comprovação do dolo, como conceito tipológico e normativo. Nesse sentido, Puppe explora em seus escritos a aceitação do resultado como juízo atributivo sobre o comportamento do agente, tal como no caso da barraca de tiros de Lacman, citado por Welzel. Neste caso, um homem aposta que acerta um tiro em um copo de cristal na mão de uma garota, ciente suas habilidades de atirador profissional. Contudo, acaba acertando a garota. Entende-se que o agente aceitou o risco de produzir o resultado morte. (Estudos sobre Imputação Objetiva e Subjetiva no Direito Penal, editora Marcial Pons, 2019, pág. 76).

Por fim, Denis Sampaio e Orlando Faccini Neto examinam a fundo a indiferença e o indiferente no Direito Penal, que caracterizam a conduta com dolo eventual. (Temas Criminais. A Ciência Do Direito Penal Em Discussão, editora Livraria do Advogado, 2014).

5-Conclusão

O presente trabalho explorou a compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do crime de homicídio, em especial das qualificadoras objetivas. Foram expostos os dilemas enfrentados pela jurisprudência e pela doutrina nacional e estrangeira na delimitação do conceito de dolo eventual,

e dos critérios que balizam sua aplicação. Não se adentrou sobre questões relacionadas ao livre arbítrio e determinismo, pois vinculadas ao dolo direto. O escopo do trabalho foi discorrer sobre as diversas nuances do dolo eventual.

A esse respeito, considerando a intensa divergência sobre seu conceito, não é demasiado indagar: O instituto do dolo eventual existe como entidade ontológica, tendo contornos próprios, ou é apenas um truque para controle das ações humanas? Uma analogia com a matemática pode esclarecer a indagação.

Por séculos, os números complexos foram tidos apenas como uma mera ferramenta matemática para simplificar cálculos extensos. Descartes não acreditava na sua existência real. No entanto, segundo o matemático Leopold Kronecker, que viveu no século XIX, “Deus fez os números inteiros, o resto é trabalho do homem”. Nesse sentido, os números reais são tão imaginários como os números imaginários, pois são apenas conjuntos numéricos que servem de ferramenta para facilitar as operações matemáticas, sem possuir um significado intrínseco.

Por sua vez, no âmbito da aplicação física, assumia-se que os números complexos eram apenas um truque matemático para facilitar a descrição dos fenômenos físicos, como as rotações. Logo, apenas os resultados expressos em números reais tinham algum significado físico real. Atualmente, comprovou-se que os números complexos são fundamentais para distinguir estados físicos, representando situações reais da natureza. Assim, apesar de não servirem intuitivamente para contar objetos, os números imaginários modelam entidades físicas reais que não podem ser representadas adequadamente por outros conjuntos numéricos.

De igual modo, a alegoria pode ser aplicada ao dolo eventual, que não passa de uma ferramenta utilizada pela linguagem para estabelecer os contornos da conduta humana e mensurar sua reprovação. Nesse sentido, o dolo direto não é mais real que o dolo eventual, sendo ambos signos criados pelo intelecto humano para conformar a vida em comunidade. No entanto, assim como os números inteiros são intuitivos, o dolo direto é de fácil visualização prática em comparação com o dolo eventual, já que o querer é um sentimento facilmente perceptível à intuição humana, ao contrário da indiferença, que deve ser deduzida das circunstâncias. Parafraseando Kronecker, “Deus criou a vontade, o resto é produto do homem”.

Assim, é preciso estabelecer parâmetros objetivos para o correto manejo do dolo eventual enquanto categoria jurídica utilizada como

ferramenta de controle democrático das ações humanas. Como visto, a sua incidência ou não no caso concreto, bem como sua compatibilidade com circunstâncias qualificadoras, fazem enorme diferença na imputação e reprovação da conduta, além de ter repercussões em aspectos processuais e de execução da pena.

A falta de critérios objetivos para o dolo eventual gera enormes distorções na prática forense, principalmente em capitulações realizadas em sede de investigação criminal. No bojo de inquéritos policiais, onde não há contraditório, atribui-se dolo eventual à conduta do investigado de forma aleatória, pesando sobre ele a pecha da voluntariedade da ação por um longo período, até que sobrevenha a denúncia e a resposta à acusação, quando então seu encaixe passa por uma análise mais acurada. Nesse sentido, é essencial estabelecer critérios objetivos no tipo subjetivo, como discorre Luís Greco (*As Razões do Direito Penal. Quadro Estudos*, editora Marcial Pons, 2019, 1ª edição, pág. 88).

Impasse semelhante era observado com o enquadramento no concurso de crimes, em que se adotava aleatoriamente o cúmulo material, chegando a penas elevadíssimas, sem nenhum critério. Após o contraditório, as condutas se encaixavam no sistema de exasperação, revertendo as penas a patamares razoáveis.

Urge que os tribunais superiores exerçam seu papel de pacificar o entendimento acerca deste tema, que impacta diuturnamente na prática forense, possibilitando uma atuação democrática dos órgãos incumbidos da persecução penal, com a garantia de segurança jurídica aos cidadãos.

Referências

Alves, Jamil Chaim. *Manual de Direito Penal-Parte Geral e Parte Especial*, editora Juspodivm, 2022

Almeida, Carlos alberto Garcete de. *Homicídio*, editora Revista dos Tribunais, 2020.

Barros, Francisco Dirceu. *Tratado Doutrinário de Direito Penal*, editora JH Mizuno, Volume 1, 2ª edição, 2021.

- Bettioli, Giuseppe e Bettioli Rodolfo. Instituições de Direito e processo Penal, editora Pillares, 2008.
- Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, v. 1, Parte Geral, editora Saraiva, 17ª edição, 2012.
- ____ 2012, Tratado de Direito Penal, v. 2, Parte Especial, editora Saraiva, 17ª edição.
- Busato, Paulo César. Direito penal, v. 1, Parte Geral, editora Atlas, 5ª edição, 2020.
- ____ 2016, Lei Antiterror Anotada, editora Foco.
- ____ 2019, Dolo e Direito Penal. Modernas Tendências, editora Tirant Brasil.
- Coelho, Leonardo Rodrigues Arruda. NLL, LIA e CP. Comentários à Nova Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa e Parte geral do Código Penal, editora DIN.CE, 2022.
- Conde, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito, editora Safe, 2004.
- Estefam, André. Direito Penal. Parte Especial, editora Saraivajur, 5ª edição, 2018.
- Filho, Wagner Marteleto. Dolo e Risco no Direito Penal. Fundamentos e Limites para a Normatização, editora Marcial Pons, 2020.
- Fonseca, Pedro H. C. Direito penal e Ação Significativa, editora Foco, 2021.
- Gueiros, Artur e Japiassú, Carlos Eduardo. Direito Penal, v. único, editora Atlas, 2018.
- Gomes, Enéas Xavier. Dolo Sem Vontade Psicológica: Perspectivas de aplicação no Brasil, editora D'Plácido, 2017.
- Greco, Luís. As Razões do Direito Penal. Quadro Estudos, editora Marcial Pons, 1ª edição, 2019.
- Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno. Comentários ao Código Penal, volume. 1, editora GZ, 2018.
- Lima, Andre Estefam Araujo; Campos, Pedro Franco de; Theodoro, Luis Marcelo Mileo; Bechara, Fabio Ramazzini. Direito Penal Aplicado, editora Saraiva, 2013.

- Martinelli, João Paulo Orsini e Bem, Leonardo Schmitti de. *Direito Penal. Lições Fundamentais: Parte Geral*, editora D'Plácido, 6ª edição, 2021
- Nucci, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*, editora Forense, v. 2, Parte Especial, 2017.
- Puppe, Ingeborg. *A Distinção Entre Dolo e Culpa*, editora Manole, 2004.
- _____. 2019, *Estudos sobre Imputação Objetiva e Subjetiva no Direito Penal*, editora Marcial Pons.
- Rodrigues, Cristiano. *Manual de Direito Penal*, editora Foco, 2019.
- Sampaio, Denis e Neto, Orlando Faccini. *Temas Criminais. A Ciência Do Direito Penal em Discussão*, editora Livraria do Advogado, 2014.
- Santos, Juarez Cirino dos. *Direito Penal, Parte Geral*, editora Tirant Brasil, 2020.
- Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*, editora Tirant Brasil, 3ª edição, 2020.
- Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª edição, 1994.
- Vallès, Ramon Ragués I. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*, *Atelier Libros S/A*, 2008.