



# **GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS**

UMA ABORDAGEM PENAL E PROCESSUAL PENAL À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO

COORDENADOR  
FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

**Coordenação:**  
Fábio Roque Sbardellotto

**GARANTIAS PROCESSUAIS  
DOS BENS PÚBLICOS  
INDISPONÍVEIS**



Porto Alegre, 2023

**Fundação Escola Superior do Ministério  
Público do Rio Grande do Sul**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO**

**Presidente**

Fábio Roque Sbardellotto

**Vice-Presidente**

Luciano de Faria Brasil

**Secretária**

Josiane Superti Brasil Camejo

**Representante Do Corpo Docente**

Alexandre Lipp João

**FACULDADE DE DIREITO**

**Diretor**

Mauro Luis Silva de Souza

**Coordenadora do Curso de Graduação**

Joseane Schuck

**Coordenador do Curso de Mestrado**

Anizio Pires Gavião Filho

**EDITORA DA FMP**

**Diretor**

Gilberto Thums

**Vice-Diretor**

Fábio Roque Sbardellotto

**Conselho Editorial**

Ana Carolina da Costa e Fonseca

Anizio Pires Gavião Filho

Bianca Pazzini

Carla Carrion Frós

Fábio Roque Sbardellotto

Francisco José Borges Motta

Gilberto Thums

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Renata Maria Dotta

Copyright © 2022 by Editora da FMP

Copyright © 2022 by Fábio Roque  
Sbardellotto

**DIAGRAMAÇÃO**

Solo editoração

**CAPA**

Marketing FMP

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

G212

Garantias processuais dos bens públicos indisponíveis: uma abordagem penal e processual penal à luz do constitucionalismo [recurso eletrônico] / Fábio Roque Sbardellotto (coord.). – Porto Alegre: Editora da FMP, 2023.

Recurso online 266 p.

Disponível em: <https://editora.fmp.edu.br/index.php/efmp>

ISBN 978-65-89997-49-8 (e-book)

1. Garantias processuais. 2. Bens públicos. I. Sbardellotto, Fábio Roque. II. Título.

CDU: 342:343.2

Bibliotecária Responsável: Cristini Fernandes Borth Klippel - CRB 10/2649

**EDITORA DA FMP**

Rua Cel. Genuino, 421 – Centro  
90010-350. Porto Alegre, RS, Brasil.  
(51) 3027-6581 | editorafmp@fmp.com.br

## Apresentação

É com muita satisfação que apresento ao público esta obra acadêmica, que materializa a sequência da primeira edição ocorrida no ano de 2020, com enfoque no necessário estabelecimento de garantias processuais aos bens públicos incondicionados.

O conteúdo da obra é fruto do trabalho de pesquisa incansável e qualificado de acadêmicos vinculados à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, em seu Programa de Pós-Graduação “*Stricto Sensu*” – Mestrado e ao Grupo de Pesquisa registrado no CNPQ denominado “Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis”, tendo por objetivo apresentar à sociedade perspectivas concretas para o atendimento de valores constitucionais violados a partir de condutas criminosas que atingem interesses de toda a coletividade.

Cada vez mais a sociedade brasileira e mundial se vê exposta a níveis de violência e criminalidade que se revelam em todos os ambientes sociais, atingindo direitos singulares e metaindividuais. Trata-se de identificar que os avanços tecnológicos, científicos, econômicos e a dinâmica social (re)produzem consequências que não podem mais ser enfrentadas sob o prisma dos meios processuais tradicionais, exigindo do operador do Direito, e das Instituições, aperfeiçoamento de suas estruturas e profundas reflexões acadêmicas para vislumbrar novos caminhos. Nesta conjuntura, vivemos em uma sociedade dinâmica, na qual os fatos da vida são acelerados, e as relações se tornam cada mais efêmeras e complexas, sendo o Direito chamado a intervir em conjunto com as demais estruturas sistêmicas que conformam o Estado de Direito Democrático.

Evidentemente, não há fórmulas prontas ou acabadas para o atendimento e a solução de tamanho desafio. Entretanto, o grupo de pesquisadores que agora expõem seus trabalhos científicos é suscetível ao juízo crítico necessário e colaborativo para, tendo como ponto de partida os artigos publicizados nesta obra, avançar em uma perspectiva de maiores níveis de cidadania e bem-estar social. Objetivam, por isso, contribuir para a reflexão responsável e concreta sobre temas que interessam ao público acadêmico e aos cidadãos em geral.

A história da humanidade é pródiga de avanços e retrocessos, mas o Direito sempre permeou as relações sociais com vistas e oferecer contributos ou soluções aos dilemas da vida. Por isso, é com absoluta satisfação que louvo a dedicação dos autores desta obra coletiva, porquanto sensíveis à necessidade de contribuir, por meio de uma análise teórica, para o aperfeiçoamento do Estado de Direito Democrático e para a efetivação dos direitos fundamentais por intermédio da adequada tutela dos bens públicos incondicionados.

# Sumário

Fundamentos constitucionais para a criminalização do racismo e os contornos definidos a partir da Lei n.º 14.532/23 Constitutional commandment of criminalization of racism and the contours defined from Law n.º 14.532/23 .....	7
<i>Fábio Roque Sbardellotto</i> <i>Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra</i>	
Jurisdição penal indígena e a jurisdição penal estatal à luz do Estatuto do Índio - Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 .....	45
<i>Anuska Leochana Menezes Antonello</i>	
A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma abordagem do sistema judicial brasileiro.....	76
<i>Carla Carrion Frós</i>	
Juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.....	97
<i>Etiane Rodrigues</i>	
A identificação genética como prova no Processo Penal: os limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação.....	123
<i>Leandro Reis de Souza</i>	

*Tânatos, Zoé e Bios: o tratamento jurídico-penal dos cuidados paliativos, eutanásia, ortotanásia e distanásia.....* 153

*Lucas Spessatto*

A prova de reconhecimento facial e sua legitimidade, ante a possibilidade de violação da dignidade humana e direitos fundamentais..... 186

*Isadora Leitão Wild Santini Picarelli*

A confissão como condição para a celebração acordo de não persecução penal: breves considerações..... 214

*Luanna Rennhack Sampaio*

O direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental no Brasil: contornos para o Direito Penal como uma obrigação positiva ..... 241

*Mariany Oliveira Barcelos*

# **Fundamentos constitucionais para a criminalização do racismo e os contornos definidos a partir da Lei n.º 14.532/23**

## *Constitutional commandment of criminalization of racism and the contours defined from Law n.º 14.532/23*

*Fábio Roque Sbardelotto<sup>1</sup>*

*Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente artigo busca enfrentar temática de extrema relevância jurídica e social referente às práticas discriminatórias e seus reflexos no Direito Penal brasileiro, abordando aspectos históricos sobre o tema, bem como os conceitos essenciais empregados aos vértices de determinadas práticas discriminatórias e preconceituosas. Nesse contexto, far-se-á uma abordagem sobre o tratamento constitucional e as principais leis que regem a matéria no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque no enfrentamento constitucional/penal referentemente ao preconceito e discriminação racial, a partir do tratamento conferido

---

<sup>1</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS). Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: fabiosbardelotto@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Especializando em Direitos Humanos e das Minorias Sociais pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Advogado. E-mail: venancioterra@hotmail.com.



aos crimes de racismo e de injúria racial, considerando, sobretudo, as recentes alterações implementadas pela Lei n.º 14.532/2023 no cenário contemporâneo. Em arremate, propõe-se formular reflexões sobre o problema da (des)necessidade de o Direito Penal centrar suas baterias na proteção de grupos historicamente vitimados pela incidência de condutas preconceituosas e discriminatórias à luz de um Estado Democrático de Direito e da necessária dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Penal e Processual Penal. Racismo. Dignidade da Pessoa Humana.

### ABSTRACT

This article seeks to address issues of extreme legal and social relevance regarding discriminatory practices and their effects on Brazilian Criminal Law, addressing historical aspects of the subject, as well as the essential concepts employed at the vertices of certain discriminatory and prejudiced practices. In this context, an approach will be made to the constitutional treatment and the main laws that govern the matter in the national legal system, with a focus on the constitutional/criminal confrontation regarding prejudice and racial discrimination, based on the treatment given to crimes of racism and racial injury, considering, above all, the recent changes implemented by Law n. 14.532/2023 in the contemporary scenario. In closing, it is proposed to formulate reflections on the problem of the (un)need for Criminal Law to focus its batteries on the protection of groups historically victimized by the incidence of prejudiced and discriminatory conduct in the light of a Democratic State of Law and the necessary dignity of the human person.

**Keywords:** Constitutional law. Criminal Law and Criminal Procedure. Racism. Dignity of the Human Person.

## **1 INTRODUÇÃO**

O tema da discriminação e do preconceito é uma das grandes mazelas da humanidade, remetendo-nos aos primórdios da existência humana. No Brasil, esse cenário não é diverso, porquanto a aversão de determinados grupos em relação a outros sempre foi uma constante, proporcionando uma histórica e ainda não superada realidade na qual milhões de pessoas sofrem ou sofreram as mais nefastas formas de discriminação, de preconceito, de aversão para com o semelhante.

A compreensão deste fenômeno deplorável e altamente pernicioso às relações sociais e à dignidade humana nos conduz, inicialmente, à necessária análise de determinados conceitos empregados, notadamente no que se refere às expressões “discriminação” e “preconceito”, demonstrando a sua magnitude e as diferenças de significados. Entretanto, essa abordagem, a despeito de seu viés sociológico e antropológico, é também jurídica, ao ponto de se verificar a incidência do Direito Penal para refrear determinadas condutas, em especial por meio da tipificação do racismo e do crime de injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa conjuntura, permanece latente o debate acerca da (in)adequação quanto ao tratamento jurídico de condutas discriminatórias ou preconceituosas, tornando a controvérsia em torno da ingerência de determinados ramos do Direito permanente, relevante e atual, em especial quanto aos limites suficientes e desejados para a criminalização das práticas desse jaez, assim como a necessária conformação do processo penal para conferir efetividade ao sistema jurídico-penal sob o prisma constitucional e à luz de um Estado Democrático de Direito, em consonância com o primado da dignidade humana.

## **2 DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO: UM PANORAMA MARCANTE NA SOCIEDADE MUNDIAL**

Desde os primórdios da humanidade, “verifica-se a existência de ódio e aversão de determinados indivíduos para com outros e de al-

guns grupos em relação a distintas coletividades” (SANTOS, 2010, p. 27). Assim, na Antiguidade, a intolerância se revelava em relação a diferenças religiosas ou socioculturais (SANTOS, 2010, p. 28). Nesse sentido, os homicídios em massa por razões religiosas são comuns no decurso da história humana, já que *“son tan antiguos como la religión y, al igual que ella son preestatales o cometidos por sociedades con organizaciones completamente diferentes a las modernas y muy distintas entre sí”* (ZAFFARONI, 2012, p. 54).

Além disso, o desenvolvimento do capitalismo e a conquista de territórios revelaram outra marca histórica da humanidade, caracterizada pelo fenômeno da escravidão (SANTOS, 2010, p. 28). Cerca de cem milhões de negros africanos foram escravizados e/ou mortos em atendimento ao sistema escravocrata das Américas, resultando no maior genocídio da história humana (CHIAVENATO, 1987, p. 44-45). Nesse contexto, é importante lembrar que *“inúmeros foram os índios espoliados, expulsos de suas terras e mortos durante o processo de colonização das três Américas”* (SANTOS, 2010, p. 29). Com a expansão dessas discriminações e preconceitos, aflora um *“sentimento de superioridade do branco no centro econômico do planeta”* (SANTOS, 2010, p. 29), em conjunto com estudos distorcidos da evolução da espécie humana, contrários aos princípios do Iluminismo, nascendo o arianismo.

Responsável por formular a doutrina da superioridade da raça ariana, o francês Arthur de Gobineau teve como objetivo enaltecer a sua linhagem hereditária. Para isso, contou com a ajuda de Richard Wagner para difundir as suas teorias na Alemanha, criando *“o mito da superioridade do povo germânico, levado às raias do fanatismo com a ascensão do nazismo, que culminou com o extermínio de milhões de pessoas”* (SANTOS, 2010, p. 30), ocorrido na Segunda Guerra Mundial. As atrocidades praticadas na Segunda Grande Guerra, no que concerne ao preconceito e discriminação, serviram como fundamento para a elaboração das Declarações de 1950 e 1951 da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), pug-

nando, justamente, evitar a repetição do caso nazista.

Nesse ponto, Alessandro Baratta (2004, p. 133-134) atentou para o fato de que a lei internacional influenciou de modo seletivo e estrutural o Direito Penal interno, porquanto a seletividade ocorria por intermédio de grupos locais poderosos que logravam influir sobre a legislação “*usando las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar comportamientos de grupos contrarios*”. Apesar de todos os esforços e da triste lição da maior guerra da história da humanidade, nos Estados Unidos da América, tido como um dos vencedores da guerra, paradoxalmente, persistiu o problema da “segregação racial”, que “continuou a existir de forma feroz, com a manutenção do princípio igual, mas separado (*equal but separate*), fazendo com que houvesse, de forma obrigatória, a segregação ou proibição dos negros” de frequentar escolas, meios de transporte (em vinte e um Estados confederados), o que perdurou até a decisão do caso *Brow versus Education of Topeka* pela Suprema Corte Norte-Americana, no ano de 1954 (FERREIRA, 1995, p. 158-159). Também no cenário africano verificou-se o regime do *apartheid* sul-africano (segregação racial) até 1996, cedendo apenas com o advento da nova Constituição, que em seu preâmbulo reconheceu as injustiças que ocorreram no passado, assegurando o respeito aos direitos humanos, bem como a diversidade e igualdade entre todos os cidadãos (ÁFRICA DO SUL, 1996). O *apartheid* sul-africano teve origem a partir do Congresso de Berlin, em 1884/1885, quando o continente africano foi dividido artificialmente (linhas retas) para legitimar as conquistas do neocolonialismo do século XIX (ZAFFARONI, 2012, p. 10).

Na Europa contemporânea, embora boa parcela da população seja contrária à discriminação e ao preconceito, ainda é visível a existência de grupos xenofóbicos, centrando ataques contra negros, judeus e imigrantes (SANTOS, 2010, p. 31-32).

Até mesmo na escola criminológica positivista o racismo esteve presente. Raffaele Garofalo considerava a “própria cultura” como a

“cultura superior”, em franco etnocentrismo impregnado de racismo, porquanto se refere com desprezo às “tribos degeneradas”, que são as culturas que não obedecem ao que considera deva ser o “sentimento moral”, considerando-os seres inferiores, não europeus, delinquentes (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 277).

Constantes conflitos entre católicos e protestantes (Reino Unido), entre judeus e muçulmanos (Oriente Médio), russos e ucranianos, etc. “fazem com que se perceba a complexidade da questão do preconceito e da discriminação e a dificuldade de eliminá-los ou, ao menor, de diminuí-los entre os homens” (SANTOS, 2010, p. 31).

No dizer de Sarlet (2002, p. 620), a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, provocando um amplo rol de “direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”, propiciando e promovendo “sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência”, bem como da vida em sociedade com os demais seres humanos. Por isso, a prática de condutas preconceituosas ou discriminatórias atenta contra esses valores, e merece absoluta proteção jurídica.

### **3 A DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO NO BRASIL: CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL/LEGAL**

O caso brasileiro é bastante representativo no cenário global no que concerne ao preconceito e à discriminação, em especial no que se refere à cor. Isso porque o Brasil foi o último país da América Latina a abolir oficialmente a escravidão, fato ocorrido somente em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Áurea – n.º 3.353 (BRASIL, 1888). Todavia, apenas “um ano após a abolição da escravatura, foi proclamada a Re-

pública no Brasil, em 1889. O novo sistema político, entretanto, não assegurou profícuos ganhos materiais ou simbólicos para a população negra” (DOMINGUES, 2007). Na verdade, a população negra foi, notadamente, etiquetada e marginalizada,

[...] seja politicamente em decorrência das limitações da República no que se refere ao sufrágio e as outras formas de participação política; seja social e psicologicamente, em face das doutrinas do racismo científico e da “teoria do branqueamento”; seja ainda economicamente, devido às preferências em termos de emprego em favor dos imigrantes europeus (ANDREWS, 1991, p. 32).

Nesse sentido, é sintomática a alusão efetuada por Gobineau, responsável pela formulação da doutrina da superioridade da raça ariana, em artigo escrito ao periódico francês *Le Correspondant*, no longínquo ano de 1874, intitulado de “L’émigration au Brésil”, de que os brasileiros seriam uma raça que estaria extinta em menos de duzentos anos, posto que, em sua grande maioria, consistem em “uma população mestiça, fruto da mestiçagem entre índios, negros e um pequeno número de portugueses. [...] Eram pouco férteis e fisicamente enfraquecidos, o que garantiria sua diminuição e aniquilamento em menos de dois séculos” (SOUZA, 2013). Demonstrando toda a sua aversão ao semelhante, Gobineau entendia que os brasileiros eram esteticamente repugnantes, já que “evitam mover uma palha para fazer qualquer coisa de útil, até mesmo para se afogarem” (RAEDERS, 1938, p. 75).

Nesse cenário, é mister explicitar que, mesmo após a abolição da escravatura até os dias atuais, a recepção do negro (e por que não dizer do índio e do mestiço) na sociedade contemporânea e no mercado de trabalho foi e ainda é bastante incipiente, já que são recentes as ações afirmativas e legislativas para contornar o cenário, não faltando exemplos de comportamentos preconceituosos nos ambientes sociais, a despeito de o texto constitucional ser claro, já em seu preâmbulo,

afirmando que a sociedade brasileira deve ser igualitária e sem preconceitos. Não bastasse, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inciso IV do artigo 3.º da Constituição, vê-se o de *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (BRASIL, 1988). Em complemento, o inciso VIII do artigo 4.º estabelece que é princípio da República Federativa do Brasil *o repúdio ao terrorismo e ao racismo* (BRASIL, 1988). Arrematando, também o inciso XLII do artigo 5.º dispõe ser direito e garantia fundamental dos cidadãos brasileiros a inafiançabilidade e imprescritibilidade da prática do racismo, que deverá ser punido com pena de reclusão por meio de lei complementar. Há, portanto, comando constitucional impositivo e claro direcionado ao combate e prevenção de todas as formas de preconceito e discriminação. No espectro legislativo e em consonância com a Constituição, vale destacar o recente Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.º 12.288, de 2010 (BRASIL); a Lei dos Crimes de Racismo, Lei n.º 7.716, de 1989 (BRASIL); a Lei das Quotas Raciais em âmbito federal, Lei n.º 12.990, de 2014 (BRASIL), dentre outras. Mais recentemente, evidencia-se a novel Lei n.º 14.532/23, que será objeto de abordagem destacada.

#### 4 CONCEITOS BÁSICOS APROXIMATIVOS

Segundo Eduardo Galeano, na América Latina, “a chamada democracia racial se reduz a uma pirâmide social: o topo é branco, ou se acredita branco; e a base tem cor escura” (GALEANO, 2022, p. 427). Ainda, segundo o escritor uruguaio, os insultos como *parece negro* ou *parece índio* são frequentes, enquanto o *parece branco* é uma constante homenagem. Em arremate, Galeano, em tom crítico, alude que é a *mistura com o sangue branco que melhora a espécie* (GALEANO, 2022, p. 427).

Nessa conjuntura, o significado da expressão “preconceito”, segundo definição dada pelo Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010), de-

riva do termo do latim *preconceptu*, significando: conceito ou opinião formados antecipadamente, sem ponderação ou conhecimento dos fatos (uma ideia preconcebida); julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste (um prejuízo); por extensão: suspeita, intolerância, ódio racial ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. O preconceito racial é indigno do ser humano, constituindo percepção subjetiva que não necessita de ser exteriorizada.

Já a expressão “discriminação”, diversamente do preconceito e do racismo, de acordo com o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 724), emana do latim *discriminatione*, consistindo no ato ou efeito de discriminar concretamente, exteriorizando atos com conteúdo de diferenciar, diferenciar, discernir. O conteúdo da discriminação sequer necessita ser algo com conotação pejorativa, podendo constituir predicados afirmativos, positivos.

Todavia, a expressão “racismo”, conforme o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 1.769), possui o significado de ser uma tendência do pensamento, ou modo de pensar em que se dá grande importância à noção da existência de raças humanas distintas, superiores e inferiores. Na visão da Unesco, racismo é a expressão do sistema de pensamento fundamentalmente antirracional. Constitui um desafio à tradição do humanismo que nossa civilização reclama para si (UNESCO apud SANTOS, 2010, p. 47).

Ao mesmo tempo, “na perspectiva da biopolítica foucaultiana, o racismo se constitui como um poder de morte num sistema que tem como objetivo primordial a vida e o fazer viver, um poder que toma a vida no cálculo político de gestão da população” (SILVA; ARAÚJO, 2020). Assim, segundo Michel Foucault, o racismo “é, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer” (FOUCAULT, 2002, p. 304). Em essência, pois, sob essa conotação extremada, o racismo pressupõe o ápice da conformação preconceituosa



e discriminatória, pressupondo o poder sobre a vida alheia decorrente de questões raciais do ser humano.

Marco histórico na luta contra o racismo e a segregação racial no mundo, Nelson Mandela, em 10 de maio do ano de 1994, realizou emblemático discurso como primeiro presidente negro democraticamente eleito na África do Sul, afirmando “que durante tanto tempo tinha sido o lugar do poder e do controle branco”, e que “acreditava que da calamidade do passado, nasceria uma nova sociedade, digna do orgulho mundial. Falei sobre a forma como a nossa vitória pertencia a todos, pois era uma vitória a favor da justiça, paz e dignidade humana” (MANDELA, 2006, p. 161-162).

Sobre a amplitude da expressão “racismo”, em julgamento histórico e precursor, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.242-2/RS (Caso Siegfried Ellwanger), em 17/9/2003, entendeu que alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião (SANTOS, 2010, p. 48-52).

A partir dos conceitos aproximativos referenciados, sem a pretensão de esgotá-los, afigura-se relevante observar as inflexões do Direito Penal no que concerne ao preconceito e discriminação a eles relativos a partir do norte constitucional.

## **5 DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO PENAL: IDIOSINCRASIAS E CARÊNCIA DE SENTIDOS**

Essencialmente, sobre o tratamento dispensado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5.º da Carta Maior assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Em consonância, o inciso XLII do mesmo artigo estabelece comando de criminalização de condutas atentatórias à igualdade, uma vez que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Ocorre que o diploma constitucional carece de interpretação, a fim de que se evite prospecção reducionista quanto ao tema, na medida em que, a despeito da clareza acerca da necessária igualdade entre os cidadãos e da vedação de qualquer distinção, estabeleceu comando pela criminalização da prática tão somente empregando a expressão “racismo”, erigindo-o à alçada da inafiançabilidade, imprescritibilidade e da cominação à pena de reclusão.

Sintomática dessa fragilidade constitucional é a redação conferida à Lei n.º 7.716/89 (BRASIL), ao enunciar em seu preâmbulo que se destina a definir “os crimes resultantes de preconceito de **raça ou de cor**”. Já em seu artigo 1.º, prevê que “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de **raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**” (grifos nossos). Assim, desde logo vê-se contradição entre o preâmbulo e o conteúdo normativo da lei.

Nessa conjuntura normativa, observa-se comando constitucional pela criminalização do **racismo** em caráter *imprescritível e inafiançável*. O preâmbulo da Lei n.º 7.716/89, que visa a implementar o preceito constitucional, remete à criminalização do preconceito de **raça e cor**. Quando observada a redação dos tipos penais da mesma lei, há previsão expressa no sentido de que os crimes enunciados em seu preâmbulo podem decorrer de **discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**. Dessa forma, temos: Constituição – racismo; Preâmbulo da Lei n.º 7.716/89 – raça e cor; Tipos penais da Lei n.º 7.716/89 – raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A partir dessas constatações, logo exsurge o dilema referente aos limites do imperativo constitucional que considera o *racismo* imprescritível e inafiançável, quando a Lei que visa a implementar a Constituição neste tema aparentemente efetuou verdadeira cisão ou extensão terminológica ao enunciar a criminalização do preconceito ou discriminação por motivo de **raça e cor no preâmbulo**, ampliando estes

vernáculos para **cor, etnia, religião e procedência nacional nos tipos penais**. Logo, ao menos sob uma ótica formal, impende indagar se a imprescritibilidade e a inafiançabilidade atingem tão somente a raça, ou também a discriminação e o preconceito por cor, etnia, religião e procedência nacional.

Não se trata de dilema de pouca relevância, na medida em que a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, representa um dos maiores limites ao *jus puniendi* do Estado. Quando de sua incidência, está-se diante de fato típico, antijurídico e culpável. Entretanto, por deferência do próprio Estado, há o reconhecimento de que o exercício do poder punitivo deve ser limitado a determinado tempo, como garantia dos cidadãos contra o absolutismo estatal. Veja-se que a possibilidade de punição do fato passa a ser extinta por causa objetiva admitida pelo Estado, isto é, o decurso do prazo por ele mesmo estabelecido para o exercício de seu poder. Neste caso, trata-se da supremacia do direito dos cidadãos ao esquecimento estatal sobre determinadas condutas criminosas em detrimento do *jus puniendi* exercido sobre condutas idênticas não atingidas pelo decurso do tempo. Aliás, no Brasil apenas duas espécies de infração penal são imprescritíveis, consoante previsão expressa na Constituição Federal. O **racismo** (art. 5.º, Inc. XLII) e a **ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático** (art. 5.º, inc. XLIV).

Da mesma forma, não menos relevante é a inafiançabilidade, na medida em que o instituto da fiança traduz-se em forma alternativa, mais tênue, do exercício do poder punitivo estatal. Oferece-se como solução menos drástica em detrimento da segregação cautelar, tornando-se hodiernamente muito utilizado a partir da reforma empreendida no Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403/2011 e da Lei n.º 13.964/2019.

Nessa configuração, parece-nos que a resposta à indagação acerca dos limites da imprescritibilidade e inafiançabilidade do racismo previstas na Constituição, a partir do alcance dessa expressão, deve ser

extraída do próprio texto constitucional. Na medida em que o inciso XLII do artigo 5.º da Carta Constitucional estabelece que a prática do racismo terá essas consequências, *nos termos da lei*, é declarada a intenção do legislador constituinte em relegar ao legislador ordinário o comprometimento com os limites desta criminalização e do próprio conceito. Da mesma forma, sob uma análise sistêmica, na medida em que o preâmbulo da Constituição Federal determina a formação de um Estado Democrático de Direito conformado pela igualdade, e bem assim o *caput* do artigo 5.º registre o princípio da igualdade como Direito Fundamental, é evidente a necessidade de conceber a expressão “racismo” como gênero humano, abarcando as expressões “cor”, “etnia”, “religião” e “procedência nacional”, ao menos. Prova disso é o julgamento efetuado pelo STF, já referido alhures, no *Habeas Corpus* n.º 82.242-2/RS (Caso Siegfried Ellwanger), em 17/9/2003, quando entendeu que a expressão “racismo” alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião.

Seguindo o norte estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que em seu artigo 1.º já estabelece a igualdade, a liberdade e a dignidade entre todos os cidadãos (ONU, 1948), a extensão do conceito de racismo foi definida na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1968 da ONU, por meio da Resolução 2.106-A de sua Assembleia Geral, ratificada pelo Brasil em 27/3/1968, abrangendo toda forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que objetive a anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (ONU, 1968). O art. 4.º da Convenção estabelece a necessária criminalização dessas condutas ao enfatizar que seus Estados-membros devem punir, na forma da lei, a difusão de ideias, discriminações, ou quaisquer atos aptos a gerar violência ou

provocação espelhados na superioridade ou ódio raciais dirigidos a qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica.

Conforme assevera Sarlet (2013, p. 13-44), a dignidade da pessoa humana foi *guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito*. Por isso, compete ao Estado assumir função de *instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas*. E, para tanto, faz-se necessário considerar a *dúplice função do princípio da dignidade da pessoa humana, atuando tanto como limitador da intervenção do Estado e de terceiros quanto na tarefa de gerar um dever jurídico de tutelar e promover a dignidade humana contra o Estado e terceiros*. É na segunda função que se justifica a constitucionalidade da intervenção estatal, por meio da imprescritibilidade e inafiançabilidade de todas as formas de preconceito e discriminação, considerando-se a expressão “racismo” de modo abrangente, incluindo o conjunto de atributos humanos conformados pela raça, cor, etnia, religião e procedência nacional ou origem. Observe-se que a redação interventiva do Estado, via Carta Maior, quando trata da necessária criminalização do preconceito e discriminação, refere-se ao racismo, termo genérico e ampliativo, que deve ser conjugado com a necessária, irrestrita e ampla proteção da dignidade da pessoa humana, irradiando sobre todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, a materialização do entendimento ampliativo adotado pelo STF foi emblemático ao julgar o caso “Siegfried Ellwanger”, ocorrendo a expansão do alcance e da abrangência da expressão “racismo” para alcançar o preconceito e a discriminação religiosa, ao incidir na tipicidade do crime do artigo 20 da Lei n.º 7.716, de 1989.

Recentemente, no ano de 2019, por meio de julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de n.º 26 e do Mandado de Injunção de n.º 4.733, o Pleno do STF, por maioria, referendou a abrangência da expressão “racismo”, ao estender a aplicação da Lei de n.º 7.716, de 1989, às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma lei

específica, punindo tais condutas, posto que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não alcança, muito menos restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Em síntese, a tese amplia o conceito de racismo, ultrapassando aspectos biológicos ou fenotípicos, alcançando a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis, como a população LGBT (BRASIL, 2019).

Por isso, razão assiste a Heringer Júnior (2012, p. 91), quando preconiza que o Direito Penal pode voltar suas baterias para a efetivação dos princípios constitucionais, destacando-se o reforço pela efetivação da igualdade entre os cidadãos, na medida em que a esfera criminal incide sobre a sociedade de forma transversal, provocando fragilidades e desníveis na incidência do sistema jurídico penal.

Nessa senda, a prática de condutas que resultem da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, ou ainda, que versem sobre transfobia ou homofobia, representa crime imprescritível, inafiançável, sujeito às penas de reclusão cominadas na Lei n.º 7.716/89.

Contudo, a despeito da clareza do texto constitucional quanto à necessidade do trato criminal irrestrito contra o preconceito e a discriminação por racismo, tais condutas ainda não foram consideradas hediondas pelo legislador, de acordo com o que preleciona a Lei n.º 8.072, de 1990 (BRASIL). Nela, uma gama enorme de tipos penais são rotulados de hediondos, não se incluindo o racismo. Essa vicissitude retrata inegável omissão legislativa quando efetuada uma construção hermenêutica a partir da importância do rótulo constitucional conferido ao tema. Aliás, o contrassenso é evidente, na medida em que o racismo é imprescritível e inafiançável, mas não é hediondo. Anote-se que a lacuna aqui existente denota uma grande falta de atenção do legislador ordinário para tema de tamanha relevância. Se o texto constitucional estabelece a inafiançabilidade e a imprescritibilidade do racismo, bem como determina a existência de sua criminalização com

pena de reclusão, também erige determinada camada de condutas criminosas ao patamar da hediondez, maior nível de repugnância jurídica e social (BRASIL, 1988). No entanto, até hoje a Lei n.º 8.072/90 é lacunosa nesse sentido. E, veja-se, tanto a necessária criminalização do racismo em caráter imprescritível e inafiançável como a necessidade de legislação estabelecendo a hediondez de determinadas condutas criminosas encontram-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, conformando um espectro normativo denso, coeso e harmônico, inclusivo e sistêmico, levando o intérprete à necessária observação integrada. Há, aqui, evidente omissão legislativa.

## 6 RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO CENÁRIO PÁTRIO CONTEMPORÂNEO

A despeito da existência da Lei n.º 7.716/89, que estabelece a tipificação do racismo em suas várias formas e condutas, também coexiste no sistema jurídico penal brasileiro a figura típica da injúria qualificada, prevista no parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 9.459/97.

A referida injúria qualificada, até a data de 11 de janeiro do ano de 2023, previa a doutrinariamente conhecida “injúria racial” (NUCCI, 2020), porquanto punia a injúria que se utilizava de “elementos referentes a **raça, cor, etnia**, religião, **origem** ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Entretanto, tivemos, recentemente, importante alteração legislativa no cenário pátrio, na medida em que a injúria racial, por meio da Lei n.º 14.532/2023, migrou do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal para a Lei n.º 7.716/89, sendo criado o artigo 2.º-A, punindo aquele que “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de **raça, cor, etnia ou procedência nacional**” (BRASIL, 2023), com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Nesse passo, sem a pretensão de exaurir o tema, é necessário tecer algumas ponderações a despeito dessa importante alteração legislativa, já que tanto do ponto de vista penal quanto do processual penal tivemos mudanças notáveis ao enfrentamento da injúria racial, agora delito de racismo.

Desse modo, em um primeiro movimento, é mister explicitar que doravante a injúria qualificada (preconceituosa e discriminatória) do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal pune apenas aquele que injuriar alguém, utilizando-se de “elementos referentes a **religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência**” (BRASIL, 2023), com a pena de reclusão de um a três anos e multa. Logo, trata-se de delito afiançável e, nos termos do artigo 322 do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL), passível de arbitramento de fiança por parte da autoridade policial, já que a pena privativa de liberdade máxima cominada não suplanta quatro anos. Além disso, por ter pena mínima não superior a um ano, é passível de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, conforme consta no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL). Não bastasse, à primeira vista, também é suscetível do benefício do acordo de não persecução penal. Outrossim, não podemos deixar de aludir que, por expressa previsão do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal (BRASIL), é delito cuja procedibilidade ocorre por intermédio de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Ou seja, o Membro do Ministério Público depende da representação da vítima para iniciar a persecução penal.

Num segundo passo, reportamo-nos ao delito do artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89, em que o legislador pátrio, em verdadeira *Lex Gravior* (LIMA, 2020, p. 416), cuja aplicação é válida apenas para os delitos praticados a partir da data da publicação da Lei n.º 14.532/2023 (11 de janeiro de 2023), passou a prever a punição da injúria racial referente à ofensa da dignidade ou do decoro por motivos de **raça, cor, etnia ou procedência nacional (origem)**, com a pena de reclusão de dois



a cinco anos e multa. Portanto, à luz da nossa Carta Maior (artigo 5.º, XLII), trata-se de condutas inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitas à reclusão. Além disso, como a pena mínima, agora, suplanta o patamar de um ano, não há mais que se falar na aplicação do instituto da suspensão condicional do processo à injúria racial, o que, a nosso ver, diante da magnitude da aversão que essa conduta representa, deveria ter sido vedada desde muito tempo. Acrescente-se, entretanto, que a despeito de sua inafiançabilidade e imprescritibilidade, persiste não sendo crime hediondo. Mais ainda, sendo a pena mínima de dois anos, poderá ser objeto do acordo de não persecução penal, exceto se por outro(s) requisito(s) for negada aludida benesse. No caso, a ação penal passa a ser pública incondicionada, diversamente da injúria qualificada prevista no parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, que persiste sendo crime de ação penal pública condicionada à representação.

Ademais, refutamos qualquer tese tendenciosa no sentido de ter ocorrido *abolitio criminis* das condutas injuriosas que se utilizavam dos elementos “raça, cor, etnia e origem” que constavam da antiga redação do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, já que, na verdade, estamos diante do princípio da continuidade normativo-típica.

De acordo com o referido princípio, quando determinado tipo penal incriminador for “expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por uma nova lei. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina de *continuidade normativo-típica*” (GRECO, 2017). Consequentemente, não nos restam dúvidas de que estamos diante deste importante princípio que evita a ocorrência da *abolitio criminis*, com “a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constante de outro tipo penal” (GRECO, 2017), ainda que com outra roupagem, a despeito dos elementos origem e procedência nacional. Similar acontecimento deu-se quando a Lei n.º 12.015/09 unificou os delitos de atentado violento ao pudor e estupro neste último, sem abolir as condutas do primeiro.

No parágrafo único do artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89, introduzido recentemente pela Lei n.º 14.532/2023, o legislador pátrio aportou causa de aumento de pena da metade, quando a injúria racial, agora racismo, for praticada em concurso de duas ou mais pessoas, fato que pode acabar inibindo a criminalidade em concurso de agentes, posto que a causa de aumento de pena tem claro escopo preventivo e punitivo.

Ainda que a Lei n.º 14.532/2023 tenha inserido o delito de injúria racial na Lei dos crimes de racismo, é de extrema importância observar que o legislador, deliberadamente, **não inseriu a injúria religiosa** no tipo penal da injúria racial, mesmo que a **discriminação ou o preconceito religioso** esteja presente no próprio *caput* do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, configurando o delito de racismo. Com essa incongruência, agiu mal o legislador, porquanto injustificadamente deixou essa espécie gravosa e tão nociva de racismo isolada no parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal pátrio, repercutindo sobremaneira nos desdobramentos da persecução penal, ensejando verdadeiro desequilíbrio no que concerne à repressão aos autores dessas ultrajantes condutas. O que nos parece, diante do lamentável quadro legislativo configurado, é que, à primeira vista, não se pode empregar analogia *in malam partem*, ou seja, pretender inserir no racismo do artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89 a expressão “religião”, a despeito de, nos demais tipos penais desta lei, estar inserida devido ao preâmbulo da lei. Assim, salvo melhor interpretação que se acredita deva ocorrer via Supremo Tribunal Federal, o preconceito e a discriminação por motivo religioso ainda encontram enquadramento na injúria qualificada do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal.

A despeito de todo o exposto, realçamos que o legislador contemporâneo deixou passar uma grande oportunidade para, finalmente, inserir o delito de racismo ao rol dos crimes hediondos previstos na Lei n.º 8.072/90. Com efeito, seguimos batendo nesta tecla (SBARDELLOTTO; TERRA, 2022, p. 30-31), pois tamanha incongruência

legislativa não merece seguir prosperando em nosso ordenamento pátrio.

Os delitos de racismo perfazem um conjunto abrangente de tipos penais que têm como objeto jurídico a proteção da dignidade humana em sua plenitude, coibindo o preconceito e a discriminação em todas as suas formas e manifestações.

Nessa conjuntura, impende observar que os tipos penais constantes na Lei n.º 7.716/89 estão previstos a partir de seu artigo 2.º-A até o 20. Em linhas gerais, à exceção do artigo 20, as demais condutas dizem respeito ao comportamento discriminatório ou preconceituoso em determinadas situações ou locais, além de um tipo específico quanto a manifestações nazistas (§ 1.º do art. 20). São condutas objetivamente bem definidas e de fácil subsunção. Já o artigo 20 criminaliza, por meio de três verbos nucleares abertos, condutas que, residualmente aos demais tipos penais, representem o ato de *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional* (BRASIL, 1989), com pena de reclusão de um a três anos e multa.

Antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, o grande desafio residia em localizar a distinção necessária entre a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 20 da Lei n.º 7.716/89) e a postura de “injuriar alguém” (§ 3.º do art. 140 do CP)<sup>3</sup> por meio da utilização dos mesmos elementos típicos.

Nessa trilha, Rogério Greco entendia que “ao contrário da calúnia e da difamação, com a tipificação do delito de injúria busca-se proteger a chamada honra subjetiva, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo” (GRECO, 2017, p. 639). Já para Aníbal Bruno, a “injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofen-

---

<sup>3</sup> Quanto aos elementos “condição de pessoa idosa ou deficiente”, foram inseridos pelo Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) à figura da injúria qualificada, não se referindo ao preconceito ou discriminação racista.

de o sentimento de dignidade da vítima [...]” (BRUNO, 1976, p. 300). Como bem adverte Santos, no delito de injúria qualificada, de acordo com a antiga redação do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, anotava-se como elemento subjetivo o dolo de injuriar, que representa a vontade livre e consciente de lançar ofensa à vítima em razão de ela pertencer a determinada raça, cor, etnia, religião ou por conta de sua origem, ou ainda por sua condição de idosa ou portadora de deficiência (SANTOS, 2010, p. 143).

De tal modo, o bem jurídico tutelado, portanto, no delito de injúria, sempre será a honra subjetiva da vítima, consistente “na consciência e no sentimento que tem a pessoa de sua própria valia e prestígio, quer dizer, a autoestima” (CONDE, 2002, p. 274). Por isso, na injúria o sujeito passivo é pessoa determinada ofendida em sua honra subjetiva, isto é, atingida em seus predicados individualmente. Assim, na injúria qualificada agregavam-se aos elementos necessários ao tipo penal da injúria simples elementos de conotação racista. Ocorre que, por ser um tipo penal qualificado, a injúria com caracteres racistas era definida a partir dos elementos do tipo base, *caput*, agregados aos elementos que a tonificam a partir de aleivosias direcionadas à raça, cor, etnia, religião ou origem (além da condição de idoso ou deficiente) da vítima determinada. Com esse contorno, a injúria racial estará caracterizada quando *Paulo chamar Pedro de italiano nojento*. Mas e quando Paulo disser que *os italianos são repugnantes*, sem identificar a vítima, qual dos tipos penais terá violado?

A diferença fundamental para a incidência do crime de racismo tipificado no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e de injúria preconceituosa ou racial, agora, também modalidade do crime de racismo, cuja morada atualmente se encontra no artigo 2.º-A da mesma lei, está no alcance do direcionamento da ofensa. No caso do delito de racismo (artigo 20 da Lei n.º 7;716/89), propriamente dito, os elementos raciais empregados (verbos praticar, induzir e incitar) abrangem toda a coletividade daquele grupo ofendido. Portanto, são expressões que não se destinam

a alguém determinado, e sim a grupo ou pessoas indeterminadas. Já no crime de racismo, na modalidade injúria racial (artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89), a ofensa/injúria é direcionada, exclusivamente, ao ofendido, não englobando a coletividade de pessoas ou determinado grupo a que o indivíduo pertença. Ou seja, possui destinatário final bem delimitado. Rios Gonçalves, antes do surgimento do artigo 2.º-A, já afirmava que:

Não se confunde a injúria racial (1ª parte do dispositivo), em que o agente endereça ofensa a pessoa ou pessoas determinadas em razão de sua raça, cor, etnia, religião ou origem, com o crime de racismo, descrito no art. 20 da Lei n. 7.716/89, que se configura quando o agente faz referência preconceituosa genericamente a todos os integrantes de certa raça, cor, religião etc. Assim, chamar de “macaco” pessoa de cor negra constitui injúria qualificada, enquanto escrever ou dizer que “negros são pessoas ignorantes” constitui racismo (GONÇALVES, 2018, p. 223-224).

Para Cunha, no crime de injúria racial ou preconceituosa, que tinha morada no parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal (BRASIL), o dolo do agente era o de realizar uma ofensa moral na vítima. Com efeito, para o autor, o objeto era o preconceito de raça ou de cor, que de forma alguma se equiparava à conduta do crime de racismo, pois “mesmo que na origem possamos identificar no racista e no injuriador racial a convicção de que há cidadãos que, por sua raça ou cor, devem ser discriminados (segregados)”. Embora ambos os tipos penais explicitem essa convicção distintamente, não competiria ao Poder Judiciário igualar duas situações que o legislador, antes do advento da Lei n.º 14.532/2023 (BRASIL, 2023), pretendeu, claramente, diferenciar (CUNHA, 2020, p. 203).

Também Christiano Jorge Santos (2010, p. 149) apregoava que “os bens jurídicos tutelados nos crimes de injúria e de racismo (ou crimes

de preconceito e de discriminação da Lei n 7.716/89) são totalmente distintos: honra subjetiva e igualdade”, respectivamente.

Dessa forma, vislumbrava-se, na tipificação de práticas racistas a sujeitos passivos indeterminados e na ofensa a vítima determinada com essa conotação absolutamente pejorativa, o enquadramento, respectivamente, nos tipos penais do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e da antiga redação do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, perfazendo o fechamento de um círculo que contorna ambas as possibilidades de racismo, caracterizando o que Bitencourt (2008, p. 325) identificou como a vontade do legislador de eliminar a possibilidade de ocorrer a desclassificação de determinadas condutas que não se afeiçoavam ao tipo penal do racismo para o tipo da injúria simples (art. 140, *caput*, CP), em muitas decisões judiciais.

Conforme já mencionamos, outra diferença importante que ocorria entre os delitos residia no campo da procedibilidade, posto que o crime de racismo é crime de ação penal pública incondicionada, ao passo que o crime de injúria racial, antes da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (BRASIL, 2023), se procedia mediante representação do ofendido (parágrafo único do artigo 145 do Código Penal). Outrossim, destacamos que até a edição da Lei n.º 12.033/2009, a ação penal era privada, em absoluto contrassenso, porquanto a vítima, muitas vezes sem qualquer condição para constituir procurador, ou mesmo de ser atendida pela Defensoria Pública, necessitava de ajuizar queixa-crime. Atendendo à própria objetividade jurídica tutelada pelo tipo penal e à realidade social brasileira, houve, em um primeiro momento, mudança legislativa para considerar tal injúria delito de ação penal pública condicionada à representação. Tal situação justificava-se, uma vez que a injúria é delito que ofende a honra subjetiva, de pessoa(s) determinada(s). Coerente, outrora, respeitar sua vontade em representar, bem como possível a identificação do sujeito passivo para assim proceder. Contudo, essa situação mudou completamente com a Lei n.º 14.532/2023, na medida em que o delito de injúria racial, finalmente, passou a ser reconhecido

pelo legislador pátrio como espécie de racismo, sendo, também, delito que se procede através de ação penal pública incondicionada. Ademais, atualmente, podemos afirmar que a Lei n.º 7.716/89 comporta, na verdade, diversas espécies do gênero racismo, desde aquele que atinge toda a coletividade, até aquele que atinge a honra subjetiva da vítima e seja possível identificar a(s) vítima(s) desta nefasta conduta.

No que concerne ao *quantum* de pena-base cominada ao delito de injúria racial (parágrafo 3.º do artigo 140 do CP), antes da reforma em comento, o legislador utilizava-se do mesmo patamar aplicado ao crime de racismo do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, consistindo no apenamento de um a três anos de reclusão e multa. Porém, com o advento da Lei n.º 14.532 (11/1/2023), tal delito, quando praticado por motivos de raça, cor, etnia ou procedência nacional, passou a comportar a pena de dois a cinco anos de reclusão e multa. Reitera-se lamentável omissão ao manter o preconceito e discriminação por religião no parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, porquanto, neste caso, o apenamento é tão somente de um a três anos.

A despeito dos elementos analisados, a questão fulcral, antes da Lei n.º 14.532/2023, jazia na discussão acerca da (in)afiançabilidade e (in)prescritibilidade do crime de injúria qualificada por motivo de raça, cor, etnia, religião e origem, porquanto as formas de racismo elencadas na Lei n.º 7716/89 não careciam deste dilema, consoante já demonstrado em tópico anterior.

Nesse aspecto, uma primeira interpretação sustentava que a equiparação da injúria qualificada à condição de delito inafiançável e imprescritível configuraria nítida analogia *in malam partem*, vedada em se tratando de qualquer tema inerente ao Direito Penal (HIRECHE; OLIVEIRA, 2016). Entretanto, diversamente, parcela da doutrina, a exemplo de Greco Filho (2016), apregoava, acertadamente, que a injúria qualificada por motivos racistas também deveria ser considerada imprescritível e inafiançável, porquanto decorre do mesmo preceito constitucional que condiciona o legislador à criminalização de todas as

formas de racismo, bem como porque a Lei n.º 7.716/89, claramente, não esgotou todas as figuras típicas racistas e de modo algum constitui um rol taxativo. Historicamente, o racismo já causou à humanidade o extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereciam viver (NUCCI, 2020, p. 696).

No âmbito dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mesmo antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, já possuía posição uníssona no sentido de se aplicar a imprescritibilidade e a inafiançabilidade à injúria racial, como ocorreu já no julgamento do recurso de agravo regimental no recurso especial de número 686.965, originário do Distrito Federal, julgado em 18/8/2015, e no recente AgRg no Resp 1849696/SP, julgado em 16/6/2020, considerando que o crime de *injúria racial possui o mesmo sentido de segregação presente nos demais crimes de conotação racial*, e **com o advento da denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão**. Dessa forma, o crime de injúria racial seria imprescritível, somando-se aos crimes da Lei n.º 7.716/89, na medida em que o elenco neste diploma legal existente não é taxativo (BRASIL, 2020).

No cerne da imprescritibilidade aplicada ao crime de injúria racial, é mandatário mencionar que o Plenário do STF, recentemente, concluiu o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 154.248/DF (BRASIL, 2021), cuja relatoria pertenceu ao Ministro Edson Fachin, **expandindo a imprescritibilidade do crime de racismo para o crime de injúria racial**, espécie de racismo, *in verbis*:

A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo.

**Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível** (BRASIL, 2021, grifo nosso).



No mesmo julgado, vale destacar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que:

A tipificação dos possíveis crimes decorrentes da prática de racismo não pode ser tida como esgotada com a Lei 7.716/1989, sob pena de ser diminuída a vontade do Constituinte de 1988 no sentido de que a prática social do racismo, que não se resume a determinado tipo penal, seja, por meio da imprescritibilidade, expurgada do país, até porque o Brasil rege-se no cenário internacional pelo repúdio a essa prática, nos termos do inc. VIII do art. 4º da Constituição Federal (BRASIL, 2018).

Ademais, a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria qualificada apresentava-se também consentânea com os emblemáticos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, caracterizados pelo Caso Siegfried Ellwanger (HC 82.424/RS), que ampliou a abrangência do conceito de racismo para alcançar a difusão do nazismo, bem como pelo contemporâneo julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e do Mandado de Injunção n.º 4.733, no qual o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei n.º 7.716, de 1989, às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas. Nos dois éditos, o Pretório Excelso estabeleceu limites positivos à criminalização de condutas racistas, ampliando o espectro de incidência dos tipos penais destinados a combater o preconceito e a discriminação racial, com fundamento na vedação da proibição deficiente. Assim, coerente associar as diversas figuras típicas da Lei n.º 7.716/89 e o parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, porquanto todos coincidem com a norma contida no artigo 5.º, XLII da Carta Magna.

Com a nova lei (14.532/2023), entendemos que o legislador pátrio encampou o entendimento dos Tribunais Superiores, pois não restam mais dúvidas de que a injúria racial configura espécie do gênero racis-

mo e, nos termos da nossa Carta Maior, deve, sim, ser delito imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

A despeito da polêmica, já nos parecia que a injúria de conotação racista se encontrava conglobada no espectro constitucional de proatividade legislativa voltada a coibir qualquer forma de preconceito e discriminação, conformando-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana, que irradia sobre todos os demais preceitos normativos no ordenamento pátrio (SBARDELLOTTO; TERRA, 2022, p. 36). Percebe-se, entretanto, que o deslinde do legislador ordinário foi sendo objeto de importantes decisões das Cortes Superiores, que, finalmente, ganharam corpo para que tais condutas fizessem parte do arcabouço da Lei n.º 7.716/89.

Ainda, no que tange às práticas homofóbicas e transfóbicas, após o começo da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (11/1/2023), em respeito às decisões supramencionadas da Suprema Corte, percebemos que, quando a ofensa for direcionada a pessoa determinada, estará presente o tipo penal do artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89, ao passo que, quando a ofensa for direcionada a toda a coletividade ou grupo LGBT, restará configurado o delito do *caput* do artigo 1.º da mesma lei, haja vista o julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e do Mandado de Injunção n.º 4.733 pelo Pleno do STF, já referido.

Além das necessárias mudanças que apontamos, a Lei n.º 14.532/2023 trouxe importantes dispositivos que possibilitarão um divisor de águas no enfrentamento às condutas racistas, a exemplo da introdução da nova redação ao §2.º do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, o qual pune a prática, a indução ou a incitação à discriminação ou ao preconceito por motivos de “raça, cor, etnia, **religião** ou procedência nacional” cometida através “dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza” com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ademais, incluiu um mandatório parágrafo 2.º ao artigo 20, de modo que, quando qualquer dos crimes previstos no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 ocorrer, no “contexto de atividades esportivas, **religiosas**, artísticas ou culturais destinadas ao público”, a pena cominada será de dois a cinco anos de reclusão, e a proibição de frequência, por três anos, aos locais dedicados às práticas “esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso”. Nesse passo, ainda que a conduta ocorra em templo religioso, **o legislador não inseriu a vedação de frequentar templos religiosos ao autor do delito**. Acreditamos que essa deliberada omissão legislativa se deu em decorrência do teor do inciso VI do artigo 5.º da nossa Carta Maior de 1988, o qual assegura “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL). O tema é, no mínimo, polêmico, já que o artigo pune o racismo religioso, mas não proíbe o autor dessa injustificável conduta de frequentar o templo religioso, o que, sem dúvidas, apresenta um enorme contrassenso se o escopo é melhorar o embate ao racismo.

Contudo, agiu bem o legislador ao inserir o artigo 20-A na Lei n.º 7.716/89, o qual, visivelmente, tem o desígnio de acabar com a brincadeira racial, na medida em que apresenta causa de aumento de pena para o *racismo recreativo* aplicável a todos os crimes previstos na Lei n.º 7.716/89. Quando esses delitos forem cometidos no contexto ou com o intuito de *descontração, diversão ou recreação*, tal incremento varia de 1/3 (um terço) até a metade da pena imposta ao delinquente.

Já no artigo Art. 20-D, o legislador inseriu um tipo processual que menciona acerca da obrigatoriedade de a vítima do delito de racismo estar acompanhada de advogado ou defensor público em todos os atos processuais, cíveis e criminais. No que tange à esfera cível, entendemos que a mudança é benéfica, pois pode ser intentada a ação de reparação de danos antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal. Todavia, no tocante à esfera criminal, por se tratar de delito que se procede via ação penal pública incondicionada, cuja titularidade, por

ser pública, pertence privativamente ao Ministério Público, conforme expressa previsão do inciso I do artigo 129 da nossa Carta Maior de 1988 (BRASIL, 1988), a presença compulsória de advogados ou defensores públicos para acompanhar a vítima em todos os atos processuais, inevitavelmente, nos faz cogitar que o legislador acabou criando uma nova espécie de assistente de acusação: o **assistente de acusação compulsório**, por expressa disposição legal. Não bastasse, estará gerando o ônus à vítima de procurar advogado ou mesmo a Defensoria Pública, o que se sabe, corriqueiramente, é difícil ou quase impossível, haja vista a falta de condições financeiras ou de atendimento.

Por derradeiro, com a inserção do artigo 20-C à Lei n.º 7.716/89, o legislador pátrio, em clara alusão ao item um do artigo 1.º do Decreto n.º 10.932/2022 (*Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*), documento internacional de direitos humanos que foi recepcionado em conformidade com o disposto no parágrafo 3.º do artigo 5.º da nossa Carta Magna de 1988, equivalendo, assim, à emenda constitucional, explicitou que, **na interpretação da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, o magistrado deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento despendido à pessoa ou aos grupos minoritários que acarrete “constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, **religião** ou procedência”. Por outras palavras, **o juiz, na interpretação da lei do racismo, deve, principalmente, observar se a(s) vítima(s) receberia(m) o mesmo tipo de tratamento discriminatório se fossem pertencentes à classe dominante.**

O enfrentamento ao racismo é um desafio perene, já que essa conduta foi responsável pelas maiores mazelas e atrocidades que a história da humanidade atravessou ao longo dos anos, presente, praticamente, em todas as civilizações. Porém, até os dias de hoje, podemos perceber práticas reiteradas dessa nefasta conduta, o que não é admissível,

seja à luz da dignidade da pessoa humana, seja à luz de todo o sistema internacional de direitos humanos, seja, também, à luz de nossa Carta Maior de 1988 que é incisiva contra essas condutas discriminatórias e preconceituosas. Aperfeiçoar o enfrentamento ao racismo era necessário, contudo, como dizia Nelson Mandela, ainda temos de “libertar o povo da pobreza, do sofrimento e de todo tipo de discriminação” (MANDELA, 2006, p. 162). Não podemos desistir de construir uma sociedade mais justa, mais humana, mais igualitária para todos nós, onde a criminalidade e o ódio para com o semelhante sejam exceções e o que realmente prevaleça seja a dignidade humana e o respeito mútuo, independentemente de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual. É nosso dever, seja como operadores do direito, seja como cidadãos.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentalmente, o tema do combate ao preconceito e à discriminação racial é candente em pleno século XXI. Devido ao fato de ter sido colônia de Portugal, o Brasil foi alvo de intensas práticas discriminatórias e preconceituosas pela via da escravidão de indígenas e de africanos *importados*, que serviam de mão de obra para a exploração econômica europeia em território nacional. Tal fato cessou formalmente apenas com a Lei Áurea do ano de 1888, responsável por abolir a escravidão no Brasil. Entretanto, a despeito da longa caminhada da humanidade, que alcançou elevados níveis de desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e até econômico, a partir de fatos lamentáveis verificados constantemente no sentido de condutas altamente repugnantes que revelam menosprezo a seres humanos em razão de sua raça, cor, religião, etnia, procedência nacional e orientação sexual, avanços jurídicos e sociais se fazem necessários.

Todavia, o resgate da dignidade humana de grupos historicamente segregados na sociedade não é tarefa fácil, já que a estigmatização e a

desigualdade social remetem ao passado recente de segregação racial, necessitando não apenas de leis, mas, sobretudo, de ações afirmativas e ampliativas para que direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição de 1988 sejam materializados, diminuindo ou erradicando, dessa forma, a diferença social existente no cenário pátrio.

No espectro constitucional, o comando é absoluto e claro no sentido de coibir todas as formas preconceituosas e discriminatórias de conotação racial, o que se verifica no preâmbulo, no inciso IV do artigo 3.º, no inciso VIII do artigo 4.º e no inciso XLII do artigo 5.º, perspectiva que constitui objetivo da República, cujo repúdio é tamanho que o preconceito e a discriminação racial deverão ser criminalizados em caráter inafiançável e imprescritível, além de sua punição com pena de reclusão na forma da lei.

Por isso, destacam-se a Lei n.º 7.716/89, com diversos tipos penais nela inseridos e atualizados, recentemente, por intermédio da Lei n.º 14.532/2023, legislação responsável por ampliar a incidência da lei, sobretudo ao crime de injúria racial que outrora possuía morada no delito de injúria qualificada do parágrafo 3.º do artigo 140 do Código Penal, aplicável a uma enorme gama de condutas que historicamente caracterizam práticas racistas. A despeito das peculiaridades de cada dispositivo típico apontado, todos compõem o sistema brasileiro contemporâneo de combate ao preconceito e à discriminação por motivo de raça, cor, religião, etnia ou mesmo procedência nacional e orientação sexual, a serem observados em sua forma sistêmico-constitucional e vinculados à proteção da dignidade da pessoa humana de modo pleno e irrestrito. Nesse contexto, a comunicação do comando constitucional que rotula toda prática do racismo como imprescritível e inafiançável sempre nos pareceu inevitável e necessária, sob pena de se incorrer em contrassenso.

Ainda, entendemos que a omissão do delito de injúria religiosa no delito de injúria racial do tipo penal recém-criado no artigo 2-A da Lei n.º 7.716/89 pela jovem, mas necessária, Lei n.º 14.532/2023,

lamentavelmente, se deu pelos legisladores pátrios. Desse modo, em que pese o delito de racismo que consta no próprio *caput* do artigo 1.º da Lei n.º 7.716/89 apontar a discriminação ou preconceito por motivos de religião como delito de racismo, a injúria religiosa pelo mesmo motivo não encontra o mesmo respaldo legal. Esta omissão é grave e acarreta uma série de desdobramentos do âmbito penal e processual para detestável conduta, já que, além de o delito ser procedido por meio de ação penal pública condicionada à representação da vítima, caberá suspensão condicional do processo, fiança, prescrição e, inevitavelmente, poderá ensejar na impunidade do criminoso. Haverá, também, diferença de apenamento, porquanto a injúria qualificada por motivo religioso (parágrafo 3.º do artigo 140 do CP) é punida com um a três anos de reclusão, enquanto a injúria racial do novel artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89 é apenada com dois a cinco anos de reclusão, não contemplando o aspecto religioso.

Feita essa ressalva, entendemos que a Lei n.º 14.532/2023 resgatou parte do déficit constitucional voltado ao enfrentamento às práticas racistas no cenário pátrio, ao passo que possui potencial para que os autores dos delitos de discriminação e preconceito racial recebam tratamento penal e processual penal mais adequado.

Para esta conclusão, além do aspecto sistêmico e constitucional que envolve toda a tipicidade inerente ao combate ao racismo, destaca-se a importância do julgado do caso “Siegfried Ellwanger”, no qual o Supremo Tribunal Federal aplicou a Lei n.º 7.716/89 (lei dos crimes de racismo) para um caso em que ocorreu discriminação religiosa contra judeus, com todos os gravames constitucionais que o crime de racismo possui: imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão. Outrossim, a mesma Suprema Corte, recentemente, mesmo antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, havia ampliado a incidência da supramencionada lei aos crimes de transfobia ou homofobia, de modo a propiciar uma tutela penal à população LGBT, até que exista lei específica protegendo-a. Quiçá se poderá ver correção de rumos para a

omissão quanto à injúria racial de conotação religiosa, ainda não inserida no artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89, por meio de ativismo do STF.

Ademais, também chama a atenção que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas seja taxada como delito hediondo pela legislação ordinária. Isso mostra que ainda há um longo caminho a percorrer em termos de comportamentos sociais, que ainda revelam frequentemente o preconceito e a discriminação decorrentes de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, bem como no espírito do legislador, que não se inspirou na Constituição Federal e se mostra insensível aos seus comandos no sentido da total intolerância com o racismo. Se a Constituição atribuiu expressamente a imprescritibilidade e inafiançabilidade ao racismo, incongruente que o legislador ordinário, embora tenha melhorado consideravelmente o enfrentamento ao racismo com a Lei n.º 14.532/2023, ainda não o tenha elencado ao rol dos crimes hediondos, assim como atribua apenamento brando diante de tamanha repugnância constitucional e social. Além disso, fundamental corrigir a omissão do preconceito e discriminação religiosa na figura típica do artigo 2.º-A da Lei n.º 7.716/89.

Feitas essas considerações, nos limites estreitos deste trabalho, parece-nos evidente que o tema do necessário combate irrestrito ao preconceito e à discriminação, além de procedimentos que resgatem a consciência social pelo respeito e igualdade entre todos os seres humanos, carece de permanente vigilância, conscientização e constantes reflexões acadêmicas, na esperança que consigamos construir uma sociedade mais harmônica, respeitosa e igualitária, onde o ódio e a aversão para com o semelhante não sejam práticas admitidas e tampouco passem perto da impunidade.



## REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. **Constitution Of The Republic Of South Africa.**

Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>. Acesso em: 7 jul. 2020.

ANDREWS, George Reid. O protesto político negro em São Paulo (1888-1988). **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, n. 21, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte 2. Dos crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 10.932, de 10 de janeiro de 2022.** Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010**. Estatuto da igualdade racial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014**. Lei da reserva de quotas raciais em âmbito federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Lei que altera a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art1). Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=686.965&b=DTXT&p=true#DOC2>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em: 7 maio 2022.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai**. 4. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal – Parte especial**. 14. ed. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo**, n. 23, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tem/a/yCLBRQ5s6VTN6ngRXQy4Hqn/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Coord. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira, v.1**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso dado no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes. 2002.

GALEANO, Eduardo. O teatro do bem e do mal. *In*: GALEANO, Eduardo. **Eduardo Galeano: obras escolhidas**. Porto Alegre: L&PM, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JUNIOR, Bruno Heringer. **Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial na criminalidade no marco do Estado Democrático e Social de Direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

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

MANDELA, Nelson Rolihlahla. **Longo caminho para a liberdade**: a autobiografia de Nelson Mandela. Trad. Suzana Pereira. Braamfontein, Gauteng, África do Sul: Nolwazi Educational Publishers (Pty) Ltd; Londres: Little, Brown and Co. Ltd., 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acessado em: 24 jan. 2021.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 106, p. 201-223, mar./abr. 2018.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Christiano Jorge. Racismo ou injúria qualificada? *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 102, p. 13-44, maio/jun. 2013. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SBARDELOTTO, Fábio Roque; TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas. Crimes de Discriminação. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 91, p. 15-40, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/264/148>. Acesso em: 19 jan. 2023.

SILVA, Mozart Linhares da; ARAÚJO, Willian Fernandes. Biopolítica, racismo estrutural-algorítmico e subjetividade. **Revista Educação**, Unisinos, São Leopoldo, v. 24, 2020. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/edu.2020.241.40>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SOUSA, Ricardo Alexandre Santos de. A extinção dos brasileiros segundo o conde Gobineau. **Revista Brasileira de História da Ciência**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21-34, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/his-34211>. Acesso em: 15 jan. 2023.

RAEDERS, Georges. **D. Pedro II e o conde de Gobineau**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1938.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de massa**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. In: FERRAJOLI, Luigi. **La emergencia del miedo**. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - Parte Geral**. 12. ed., revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

# **Jurisdição penal indígena e a jurisdição penal estatal à luz do Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**

*Indigenous criminal jurisdiction and the state criminal jurisdiction in light of the statute of the indigenous people – Law n° 6.001, of the december 1973*

*Anuska Leochana Menezes Antonello<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente estudo teve por objetivo analisar, sob viés do Direito Penal e Processual Penal, a jurisdição indígena, na medida em que o direito tribal é elemento fundamental na estruturação dos povos originários e garantidor do autogoverno das comunidades tradicionais; e, também, estudar a jurisdição estatal, visto que o direito oficial brasileiro incidirá sobre os indígenas fora de seus territórios tradicionais através de tratamento jurídico especial conferido pelo Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73. Discorreu-se acerca das principais características de ambas as jurisdições na perspectiva criminal, conferindo especial destaque à prova multicultural no processo penal brasileiro, bem como ao estudo de decisões judiciais relacionadas a fatos penalmente relevantes. Utilizou-se, para tanto, o método de abordagem hipotético-dedutivo,

---

<sup>1</sup> Assessora jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS). Mestra em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal/RS. E-mail: anuska\_lma@hotmail.com; anuska@mprs.mp.br.

mediante pesquisa bibliográfica, estudo de normatizações nacionais e internacionais, bem como análise jurisprudencial. Concluiu-se que, com o advento da Convenção 169 da OIT e a promulgação da Constituição de 1988, os métodos que os povos tradicionais utilizam para apurar e reprimir ilícitos no interior de seus territórios passaram a ser reconhecidos e respeitados pelo direito estatal, de tal modo que a diversidade cultural foi efetivada e ambas as jurisdições coexistem harmonicamente no território brasileiro.

**Palavras-chave:** Jurisdição penal indígena. Jurisdição penal estatal. Perícia multicultural.

#### ABSTRACT

The present study aimed to analyze, under the bias of criminal law and criminal procedure, the indigenous jurisdiction whereas tribal law is a fundamental element in the structuring of original peoples and guarantor of self-government of traditional communities; and, also, to study the state jurisdiction while the official Brazilian law will focus on the indigenous people outside their traditional territories through special legal treatment conferred by the Statute of the Indigenous People – Law nº 6.001/73. The main characteristics of both jurisdictions from a criminal perspective were discussed, with special emphasis on multicultural evidence in Brazilian criminal proceedings, as well as the study of judicial decisions related to criminally relevant facts. For this purpose, the hypothetical-deductive method of approach was used, through bibliographical research, study of national and international norms, as well as jurisprudential analysis. It was concluded that, with the advent of Convention 169 of the OIT and the promulgation of the 1988 Constitution, the methods that traditional peoples use to investigate and reprimand illicit acts within their territories began to be recognized and respected by state law, in such a way so that cultural diversity was achieved and

both jurisdictions coexist harmoniously in the Brazilian territory.

**Keywords:** Indigenous criminal jurisdiction. State criminal jurisdiction. Multicultural expertise.

## 1 INTRODUÇÃO

O que se pretende com o presente estudo é uma breve reflexão sobre a jurisdição penal indígena e a jurisdição penal estatal, com a indicação das peculiaridades jurídicas e dos efeitos decorrentes da coexistência de ambas as jurisdições criminais no território brasileiro.

Com esse propósito, o texto origina-se na exposição conceitual da jurisdição penal indígena, atualmente reconhecida como sendo autônoma em relação ao direito estatal, expressando-se por meio dos usos, costumes e tradições das comunidades originárias. De modo que o direito tribal incidirá pleno no interior do território tradicional, salvo em excepcionais hipóteses de intervenção externa decorrentes de violações aos direitos humanos.

Segue com explanação sobre a jurisdição penal estatal voltada ao indígena como autor de ilícito penal e, na sequência, detalha a prova multicultural no processo penal brasileiro, produzida para fins de avaliar a possibilidade de concessão de tratamento jurídico especial ao indígena em face de sua peculiar condição na adaptação à sociedade brasileira.

Em prosseguimento, procede análise de casos julgados perante cortes brasileiras e, por fim, enaltece o reconhecimento, por parte do direito estatal, da autonomia dos povos originários, especialmente no que tange aos métodos de resolução de ilícitos pautados em costumes pré-colombianos, e, também, exalta a coexistência harmônica de ambas as jurisdições no território brasileiro.

Utilizou-se, para tanto, o método de abordagem hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, de normatizações nacionais e internacionais, bem como da jurisprudência pátria.



## 2 JURISDIÇÃO PENAL INDÍGENA

A contar do ano de 1492, a colonização da América impôs aos habitantes originários expressiva alteração em seus hábitos e costumes, culminando em conceder-lhes garantia aos direitos humanos em patamar inferior ao *standard* mínimo, os quais foram, em algumas oportunidades, inclusive plenamente violados. Atualmente, instrumentos internacionais como a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem da Organização dos Estados Americanos (OEA), datadas de 1948, conferem aos povos indígenas titularidades de direitos, em que pese a dificuldade de efetivação em face da ausência de regras práticas específicas em diversos países.<sup>2</sup>

Tanto é que, em 2007, a Assembleia Geral da ONU, atenta à histórica situação de vulnerabilidade dos povos indígenas, editou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, referindo:

### Artigo 34

Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

### Artigo 35

Os povos indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 156.

<sup>3</sup> ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Nova York, 2007. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185079>. Acesso em: 31 out. 2022.

Os direitos fundamentais indígenas são de cunho individual e coletivo, ambos essenciais para a continuidade das singularidades culturais que são, ao mesmo tempo, plurais. Citam-se, pois, a título de exemplo, os direitos à integridade cultural e à identidade coletiva exercidos através do uso da própria linguagem e religião. Diante disso, o reconhecimento da diversidade cultural se mostra crucial nos locais em que haja a coexistência de dessemelhantes sistemas sociais, tidos como majoritário ou hegemônico e minoritário ou não hegemônico.<sup>4</sup>

Sobre o estilo de vida indígena, Camacho ensina:

O estilo de vida indígena que envolve toda a comunidade como condicionante para a atuação particular – e, principalmente, o fato de estarem ligados, inclusive afetivamente, a seu estado natural – não pode ser considerado como ordem ou desordem, mas sim como um estado primário, no qual o imaginário do povo indígena está sobretudo em um mundo não acessado por todos – ou seja, onde o primitivo senhor da terra de 1492 ainda permanece em sua natural inocência.<sup>5</sup>

Dito isso, cabe breve síntese fática partindo da histórica perda do *jus puniendi* até o contemporâneo reconhecimento da jurisdição penal indígena.

No período seguinte à colonização da América, houve imposição de uso do regramento penal vigente tanto na Espanha quanto em Portugal ao novo território. Nesse agir, o *jus puniendi* dos agrupamentos indígenas derivado de normas de convivências consuetudinárias teve sua aplicação vedada. Não bastasse, o debate acerca da classificação do indígena como indivíduo livre ou escravo difundiu-se nos âmbitos te-

---

<sup>4</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 157.

<sup>5</sup> CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. “**Infanticídio**” indígena: o dilema da travessia. Curitiba: Appris, 2017. p. 25.

ológico e jurídico europeus, cessando na conclusão de que se tratava de pessoa igual aos demais seres humanos, porém detentores de capacidade reduzida, e, assim, determinou-se submissão à tutela e ao trabalho forçado para fins de conversão aos valores do antigo mundo. Neste período, o autogoverno foi expropriado, refletindo do mesmo modo no sistema punitivo.<sup>6</sup>

Passados alguns séculos, múltiplos Estados detentores do *jus puniendi* surgiram com a emancipação da América. Todavia, os povos originários não alcançaram a retomada do seu autogoverno, visto que o processo emancipatório foi articulado por europeus dissidentes que possuíam a mesma visão em relação aos povos indígenas e, diante disso, buscou-se a perpetuação da intelectualidade europeia. Assim, a inspiração dos Códigos Penais da América Latina, promulgados no curso do século XIX, foi lastreada nas leis espanholas e italianas. Nesse período, o marco residiu na influência normativa europeia.<sup>7</sup>

A alteração dessa perspectiva surge no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente com o advento da Resolução 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1989. O conteúdo do convênio, ratificado pelo Brasil, com entrada em vigor na data de 25 de julho 2003, relaciona-se com a condição de vulnerabilidade do indígena no mercado de trabalho e, transpondo o conteúdo trabalhista, aborda inovador tópico de natureza criminal. *In verbis*:

Artigo 8º

I. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

---

<sup>6</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 157.

<sup>7</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 158.

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

A aplicação dos parágrafos I e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

I. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.<sup>8</sup>

Dessarte, o Convênio é marco de retomada do exercício do *jus puniendi* pelos povos indígenas, o qual foi, todavia, condicionado à conciliação com o sistema jurídico nacional em que se encontra o povo tradicional inserido e, ainda, ao respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Nessa conjuntura, a estrutura introduzida pela Resolução 169 da OIT se define pela instituição da coexistência de dois sistemas punitivos. O sistema formal, incidente na maior proporção do território e estruturado pelo Parlamento; e o sistema comunitário, pautado em

---

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais**. Genebra, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/de-creg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencaon169-pl.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

normas de compatibilidade, que, em determinados locais, haverá a incidência do direito penal indígena consuetudinário. O costume indígena, em conformidade com a Constituição e as leis, torna-se, pois, fonte do sistema punitivo.<sup>9</sup>

Nos Estados dualistas, onde há a coexistência do sistema punitivo formalizado e do sistema punitivo consuetudinário indígena, o direito penal formalizado somente reinará além dos territórios indígenas, e dentro deles, na hipótese de infrações de elevada gravidade que não contemplem os requisitos da Resolução, quais sejam: violações aos direitos humanos. Cabe referir, nessa hipótese, a incidência do princípio do *non bis in idem*, que veda a dupla punição, ou seja, uma vez imposta sanção por intermédio do sistema punitivo consuetudinário em face de um ilícito criminal cometido, não é permitida a aplicação de nova sanção integral pelo sistema punitivo formalizado.<sup>10</sup>

Nos Estados monistas, não signatários do Convênio e sem regulamentação de um direito penal consuetudinário indígena, vigorará o direito penal formalizado tanto no exterior quanto no interior das comunidades indígenas.<sup>11</sup>

Por outro lado, no que se refere à exigência da Resolução 169 da OIT de valorização dos costumes dos povos indígenas no curso de um pronunciamento jurisdicional de cunho penal, o Brasil, buscando adimplir a citada exigência internacional, introduziu os artigos 56 e 57, ambos do Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73.

Elucida-se a temática através da Apelação Criminal n.º 0090.10.000302-0, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Ro-

---

<sup>9</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral : princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 160.

<sup>10</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral : princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 161.

<sup>11</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral : princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 161.

raima, em 2015, ocasião em que assegurou a garantia do *ne bis in idem* e, também, o reconhecimento dos direitos culturais dos indígenas.<sup>12</sup>

No ano de 2009, um indígena pertencente à terra ancestral Manoá/Pium, localizada na Serra da Lua, no município de Bonfim/RR, assassinou seu irmão fazendo uso de uma arma branca, após ingestão de álcool. Diante do ocorrido, membros do conselho da comunidade indígena deliberaram sobre a punição do indígena, impondo-lhe diversas sanções típicas de seu sistema punitivo consuetudinário.

O Ministério Público, ciente de que o fato enquadra-se no teor do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, ofereceu denúncia contra o indígena. O magistrado, ao apreciar a inicial acusatória, declarou a inexistência do *jus puniendi* estatal, porquanto o fato havia sido levado a julgamento pela comunidade indígena, fundamentando a decisão com lastro no artigo 57 do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73) e, também, no artigo 231 do Constituição Federal. O *Parquet* recorreu sustentando “transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada e violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, postulando a reforma da sentença para que seja dado prosseguimento ao feito”.

O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, ao julgar o feito, pontuou que a jurisdição penal estatal sobrevir à punição já fixada pela jurisdição indígena configura caso de ofensa ao princípio *non bis in idem*. Para tanto, referiu que o “Duplo Jus Puniendi significa que

---

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na terra indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. Limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de persecução penal. *Jus puniendi* estatal a ser afastado. *Non bis in idem*. Questão de direitos humanos. Higiene do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do direito comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo ministerial desprovido. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Mauro Campello, 18.12.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=oV4N30sJ47Jf7OX3uFp5Y-m1yvDEavQmnKYirklv.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em: 31 out. 2022.

há dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, e julgando um deles um certo crime, não poderá se imiscuir o outro no mesmo fato”, acrescentando a plena higidez na punição do crime através dos usos e costumes da comunidade indígena, pois detentora de embasamento constitucional (art. 231 da Constituição), e, também, indicou a plena observância aos limites normatizados no artigo 57 do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), que permite aplicação pelos grupos tribais de sanções penais, salvo aquelas que tenham caráter cruel ou infamante, bem como a pena de morte.

Assim, manteve-se a declaração de ausência do direito de punir por parte do Estado brasileiro, pois anteriormente imposta sanção pelo sistema punitivo consuetudinário.

Banda outra, ilustra-se a temática através do julgamento do Recurso em Sentido Estrito n.º 08003056320178230090, ocorrido em 2022.<sup>13</sup>

Nessa ocasião, um indígena foi pronunciado para fins de ser levado a julgamento perante o Tribunal do Júri em face da prática, em tese, dos crimes inculpidos no artigo 121, § 2.º, incisos II, IV e VI, na forma do artigo 14, inciso II, c/c o artigo 147, todos do Código Penal Brasileiro. A Defesa, irresignada, recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, sustentando que o indígena já havia recebido punição pelo Conselho de lideranças indígenas da etnia a qual pertence e, portanto, estar-se-ia diante de ofensa ao princípio *non bis in idem*.

O Tribunal de Justiça, na fundamentação do julgamento, referiu que, “inobstante haver previsão legal no sentido de se permitir que as

---

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Recurso em sentido estrito n.º 08003056320178230090**. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado tentado. Ameaça. Pretensa absolvição ante a violação ao princípio do *non bis in idem*. Possibilidade de dupla punição em virtude da repreensão aplicada ao acusado pelo conselho de lideranças indígenas a qual pertence. Recorrente: Valdecir da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Roraima. Relator: Esdras Silva Pinto, 02.09.2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?mlj;sessionid=oV4N30sJ47Jf7OX3uFp5Y-m1yvDEavQmnKYirklv.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em: 31 out. 2022.

tribos indígenas apliquem sanções a seus membros, tal circunstância evidentemente não implica na afastabilidade automática da jurisdição estatal”, destacando que não houve comprovação inequívoca da prévia incidência de sanção consuetudinária. E, diante disso, manteve a decisão de pronúncia, a teor do artigo 5.º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, referindo ser competência do “órgão judicial constitucionalmente competente, analisar a necessidade ou não da punição estatal, além da ocorrência ou não de bis in idem, considerando a alegação da DEFESA de que o acusado, indígena, teria recebido a adequada”.

Como se vê, os Estados dualistas, com lastro na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, reconhecem a autonomia do *jus puniendi* consuetudinário, atentando-se para a preservação do princípio *non bis in idem*, que veda o duplo processamento por jurisdições concorrentes.

### 3 JURISDIÇÃO PENAL ESTATAL

Por ocasião da incidência do direito penal estatal, o índio responderá penalmente conforme preceituado na Constituição Federal, nos tratados e acordos internacionais e, ainda, na legislação em vigor, para que se efetive a concessão de tratamento jurídico especial. Nesse processo de imputação, portanto, a singularidade da cultura indígena é considerada.<sup>14</sup>

Segundo a lei de regência, os conceitos de índio e comunidade indígena ou grupo tribal são:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou silvícola - É todo indivíduo de origem e ascen-

---

<sup>14</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 14. ed. v.1. rev., ampl. e atual. Salvador:Juspodivium, 2020. p. 386.



dência pré- colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunidade nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.<sup>15</sup>

Historicamente, o viés integracionista tem sido o fio condutor das atividades legislativa e jurisdicional referentes aos indígenas brasileiros. De modo que o índio, inicialmente, foi percebido como indivíduo relativamente incapaz, tanto no aspecto jurídico quanto no aspecto político, sendo submetido ao regime tutelar especial até que compreendesse as regras civilizatórias nacionais. No aspecto penal brasileiro, o indígena foi alistado como sendo inimputável ou semi-imputável a depender do grau de introdução na sociedade brasileira, o que perdura até a atualidade.<sup>16</sup>

Veja-se, pois, o teor da legislação pátria:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunidade nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais se-

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>16</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio roque. **Crimes federais**. 4. ed. Salvador: Juspodivium, 2016. p. 284-285.

tores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

- Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.<sup>17</sup>

Os graus de introdução foram setorizados nas categorias de isolado, em vias de integração ou integrados. O indígena isolado é isento de pena em face de ser entendido como inimputável, ou seja, incapaz de compreender a ilicitude da conduta. O indígena em vias de integração será avaliado por meio de perícia técnica multicultural, ocasião em que se obterá a conclusão no sentido de o indivíduo indígena ser isolado ou, lado outro, integrado. O indígena integrado responde como os demais brasileiros, visto que possui aptidão para compreender as vedações penais insculpidas no arcabouço normativo brasileiro.<sup>18</sup>

Modernamente, a avaliação da imputabilidade penal nas circunstâncias que envolvam diversidade étnica e cultural é feita por intermédio de perícia multicultural. No ponto, Baltazar Júnior ensina: “A imputabilidade do índio deverá ser verificada mediante perícia, a fim de verificar sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, consideradas as particularidades de sua cultura e costumes”.<sup>19</sup>

Diante disso, é com lastro no nível de adaptação à sociedade brasileira que haverá ou não a responsabilização criminal do indígena que praticar crime além das fronteiras de seu território tribal; e, também, é a partir de tal conclusão que haverá a possibilidade de incidência do

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>18</sup> PATRÍCIO, Mariza Giacomini Lozer; BARRERO, Paloma Andréa Cardozo. A responsabilidade penais dos índios na prática de crimes ambientais: um comparativo da legislação brasileira e colombiana. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 1, n. 2, 2012. p. 218.

<sup>19</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 554.

regime especial de cumprimento de pena, em local específico, previsto no artigo 56 do Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73.

*In verbis:*

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.<sup>20</sup>

Dessarte, o indígena, quando autor de ilícito criminal, submeter-se-á ao exame pericial multicultural para fins de definição acerca de sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo dispensável tal providência quando presentes elementos outros que indiquem essa situação – estudo formal, título de eleitor, etc. Em continuidade, obtendo-se conclusão pericial no sentido de ser o indígena integrado à comunhão nacional serão aplicadas as regras de Direito Penal e Processual Penal ou, caso tido como em vias de integração, incidirão as benesses insculpidas no Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73.

#### **4 PROVA MULTICULTURAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A PERÍCIA ANTROPOLÓGICA**

O processo penal compreende, frequentemente, discussão acerca de fatos, no qual o Ministério Público ou o querelante imputam a ocorrência de uma dada situação fática a um sujeito que o refuta através de sua defesa técnica. A reconstrução fática derivada do regramen-

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 31 out. 2022.

to atinente à investigação, à admissão, à produção e à valoração de provas caracteriza-se como sendo o aspecto mais difícil do processo.<sup>21</sup>

É pelo intermédio da prova que o magistrado alcança a verdade e forma seu convencimento sobre a ocorrência ou, ao revés, a ino-  
corrência de um fato juridicamente relevante. Tal propósito, todavia,  
é inatingível, ao passo que alcançar a verdade absoluta é inviável, de  
modo que o resultado auferido sempre será algo relativo. Diante disso,  
a verdade processual é a elevada ou a elevadíssima viabilidade de que  
o enunciado fático inicialmente posto seja verdadeiro, pois a certeza é  
relativa.<sup>22</sup>

Sobre a temática, Luigi Ferrajoli ensina:

A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular  
de verdade histórica, relativa a proposições que falam de fatos  
passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência;  
enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que po-  
demos chamar de classificatória, ao referir-se à classificação  
ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme  
as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas  
mediante a interpretação da linguagem legal.<sup>23</sup>

A esse respeito, ensina Badaró:

Todavia, como já exposto, conhecimento da “verdade” nunca  
será absoluto. E, no processo, aos óbices naturais do conhe-  
cimento humano em geral, somam-se as diversas limitações  
legais decorrentes das regras sobre a admissão, produção e va-  
loração da prova. O juiz jamais obterá uma certeza absoluta,

---

<sup>21</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. n.p.

<sup>22</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. n.p.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006. p. 54.

ou o conhecimento absoluto da verdade. Ainda assim, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa.<sup>24</sup>

Aliás, a atividade jurisdicional encontra sua legitimação justamente na obtenção da verdade processual, considerando-se justa aquela decisão que é precedida de um processo organizado e estruturado em conformidade com regramento que permita a fiel inspeção dos fatos.<sup>25</sup>

Vê-se, pois, que, ao magistrado, com lastro nas provas produzidas, é imposta a busca da verdade mais próxima possível do que efetivamente ocorreu no mundo fático para o fim de realizar a justiça no caso correto.

Conceitualmente, a prova é compreendida como sendo qualquer recurso que tenha aptidão de levar ciência a alguém sobre algum fato e gerar convicção sobre sua existência ou inexistência. Por sua vez, o Direito Processual Penal, dentre outras ocupações, regulamenta os meios de prova aptos a introduzir elementos de provas ao processo criminal.<sup>26</sup>

A finalidade da prova, através da demarcação dos fatos no processo, é amparar o convencimento do julgador, destinatário da prova. Tanto é que o vocábulo “prova” origina-se da palavra *probatio*, que, a seu turno, deriva do verbo *probare*, que, traduzido do latim, significa examinar, persuadir, demonstrar.<sup>27</sup>

A despeito de a doutrina pátria divergir sobre os critérios de classificação das provas, costumeiramente as cataloga nos seguintes gru-

---

<sup>24</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. n.p.

<sup>25</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. n.p.

<sup>26</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 233-234.

<sup>27</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 234.

pos: quanto ao objeto, quanto ao efeito ou valor, e, por fim, quanto à forma ou sujeito.<sup>28</sup>

Na perspectiva que tem por base o objeto para a compreensão da prova, cataloga-se o estudo em provas diretas e provas indiretas. As provas diretas são aquelas que se unem de modo direto com o fato criminoso, sem que demandem por intervenção lógica, como, por exemplo, são os relatos de uma testemunha presencial de ilícito criminal. As provas indiretas são aquelas que, através de dedução ou outra forma de raciocínio lógico, atestam fato diverso ao qual se investigava inicialmente, como, a título de exemplo, é o apontamento de um álibi que significa a presença do sujeito em local distinto ao que se concebia inicialmente.<sup>29</sup>

No panorama que parte do efeito ou valor para a catalogação da prova, verifica-se que há subdivisão em provas plenas e provas não plenas. As provas plenas são aptas a gerar certeza acerca do fato que se busca comprovar, tal como ocorre com a prova testemunhal e a documental. As provas não plenas de modo algum autorizam juízo de certeza, porquanto possuem função de reforço no convencimento, o que se verifica, por exemplo, nos indícios (artigo 239 do Código de Processo Penal) e nas fundadas suspeitas (artigo 240, §2.º, do Código de Processo Penal).<sup>30</sup>

Ao final, na concepção que tem por base a forma ou o sujeito para a compreensão da prova, divide-se a análise em provas reais e provas pessoais. As provas reais são atinentes ao objeto que, como exemplo, se indica o instrumento de um dado crime. As provas pessoais são pro-

---

<sup>28</sup> EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 25.

<sup>29</sup> EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 25.

<sup>30</sup> EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 26.

duzidas pelo ser humano através da escrita ou oralmente, possuindo como exemplo, especialmente, o laudo pericial.<sup>31</sup>

Como meios de prova, entendidos como sendo os instrumentos pessoais ou materiais capazes de introduzir no processo o convencimento a respeito da existência ou, ainda, não existência de um dado fato criminoso, o Código de Processo Penal elenca o exame de corpo de delito e outras perícias (artigos 158 a 184), o interrogatório do acusado (artigos 185 a 196), a confissão (artigos 197 a 200), as perguntas ao ofendido (artigo 201), as testemunhas (artigos 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (artigos 226 a 228), a acareação (artigos 229 a 230), os documentos (artigos 231 a 238), os indícios (artigo 239) e a busca e apreensão (artigos 240 a 250).<sup>32</sup>

Tais meios são denominados de legais e, ainda, são admitidos outros meios de prova que não violem os valores da pessoa humana e os princípios do processo moderno. Meios considerados ilícitos são aqueles não previstos em lei e que violam os valores e princípios citados (ordálias ou juízos divinos), os decorrentes da imoralidade (reconstituição de estupro), os obtidos por meio ilícito (artigo 5.º, inciso LVI, da Carta Magna).<sup>33</sup>

Dentre os aludidos meios legais de prova, convém o detalhamento da prova pericial, uma vez que possui fulcral importância para o juízo multicultural no processo penal.

Conceitua-se perícia como sendo o exame de objeto ou pessoa, desempenhado por técnicos ou especialistas em dado assunto, capazes de apontar afirmações ou obter conclusões relevantes para o deslinde do processo penal.<sup>34</sup> Já o glossário de terminologia básica aplicável à

---

<sup>31</sup> EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 26.

<sup>32</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 236/237.

<sup>33</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 237.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

engenharia de avaliações e perícias do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia (Ibape/SP) traz as seguintes definições:

**PERÍCIA:** Atividade técnica realizada por profissional com qualificação específica, para averiguar e esclarecer fatos, verificar o estado de um bem, apurar as causas que motivaram determinado evento, avaliar bens, seus custos, frutos ou direitos (NBR 14653-1).<sup>35</sup>

**PERITO:** Profissional legalmente habilitado, idôneo e especialista, convocado para realizar uma perícia.<sup>36</sup>

Calha, pois, destacar que o valor probatório da perícia não é vinculativo em razão do princípio do livre convencimento motivado, que confere autonomia ao julgador para a valoração do conjunto probatório colhido e, assim, lhe é permitido rejeitar no todo ou em parte o resultado obtido por meio da perícia técnica. No ponto, o artigo 182 do Código de Processo Penal refere que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. Contudo, em casos específicos a prova da materialidade delitiva subordina-se à conclusão científica.<sup>37</sup>

Dito isso, calha, pois, explanação sobre a perícia antropológica.

A perícia antropológica é a verificação realizada quando um emaranhamento de fatos sociais demande por um conhecimento especializado, qual seja, o saber antropológico, para demonstrar aspectos sobre

---

p. 67.

<sup>35</sup> PERÍCIA. In: IBAPE. **Glossário de terminologia básica aplicável à engenharia de avaliações e perícias**. São Paulo: Ibape, 2002. Disponível em: <http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2013/06/glossario-de-terminologia.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>36</sup> PERITO. In: IBAPE. **Glossário de terminologia básica aplicável à engenharia de avaliações e perícias**. São Paulo: Ibape, 2002. Disponível em: <http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2013/06/glossario-de-terminologia.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>37</sup> NICOLITT, André. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2016. n.p.



um dado agrupamento social, como, por exemplo, crenças, hábitos, costumes, etc.<sup>38</sup>

Silva e Dias conceituam o instrumento, nos seguintes termos:

Perícia Antropológica como o exame realizado por Antropólogo, com a finalidade de dar assistência ao destinatário do Laudo produzido para se chegar à verdade ou realidade de fatos envolvendo grupos étnicos, a exemplo de indígenas, quilombolas, ciganos, populações tradicionais etc.<sup>39</sup>

Especificamente em relação aos povos originários do território brasileiro, Luciano Mariz Maia ensina:

Aplicada ao Direito, a perícia antropológica é responsável pela identificação de um grupo étnico enquanto tal (índios, quilombolas, ciganos, gerazeiros, populações tradicionais, etc.); pela revelação de seus usos, costumes, tradições, modos de ser, viver, se expressar; pela documentação de sua memória e sua ação (reconstruindo sua trajetória de luta e de vida, de resistências e transformações, de deslocamentos e perdas, de insurgências e ressurgências); delimitação de seu território e de espaços de interação com o meio ambiente ou outras comunidades intraétnicas ou interétnicas (nisso indicando a finalidade prática da identificação da ocupação tradicional). Tudo isso para assistir o juizem seu processo decisório.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> SILVA, Victor Melo Fabrício da; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O direito do indígena à perícia antropológica e a possibilidade de exercer a democracia por meio de uma ideia legislativa. **Revista Direitos Culturais**, v. 15, n. 37, p. 181-194, 15 set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v15i37.214>. Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>39</sup> SILVA, Victor Melo Fabrício da; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O direito do indígena à perícia antropológica e a possibilidade de exercer a democracia por meio de uma ideia legislativa. **Revista Direitos Culturais**, v. 15, n. 37, p. 181-194, 15 set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v15i37.214>. Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>40</sup> MAIA, Luciano Mariz. **Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios**. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/Documentos e publicações/Artigos/docs\\_artigos](http://www.mpf.mp.br/Documentos_e_publicacoes/Artigos/docs_artigos). Acesso em: 31 out. 2022.

Aliás, uma das mazelas atinentes à ausência de realização da perícia multicultural é a errônea conclusão no sentido de que o autor criminal não é índio, nos termos em que dispõe o Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73, e, à vista disso, eventual superveniente condenação criminal não terá incidência de normas garantidoras de direitos em face dessa especial condição. Dentre as normas com conteúdo especial, destacam-se os artigos 56 e 57, ambos do Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73, que impõem, respectivamente, a atenuação da pena, o regime especial de cumprimento de pena em local específico, bem como o reconhecimento do direito penal indígena que veda dupla punição.<sup>41</sup>

Como se vê, a perícia antropológica é meio de prova elaborado pelos profissionais da área da Antropologia através de metodologia específica que objetiva aferir dados acerca do mundo social de determinado agrupamento étnico posto em observação. Tal exame é destinado para a orientação do julgador, clareando os fatos do processo.

## 5 PERÍCIA ANTROPOLÓGICA: ESTUDOS DE CASOS

Passa-se, pois, a elucidar a temática por intermédio de precedentes prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em dada situação concreta, afirma a imperiosidade na realização de perícia multicultural e, em quadro fático diverso e específico, dispensa a elaboração de exame pericial antropológico ou sociológico.

Salienta-se que o precedente jurisdicional, “embora espelhe uma decisão que compartilha um mesmo fundamento para a solução da questão de direito, é necessariamente relacionado com o quadro fático em que a questão jurídica está inserida”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> SILVA, Victor Melo Fabrício da; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O direito do indígena à perícia antropológica e a possibilidade de exercer a democracia por meio de uma ideia legislativa. **Revista Direitos Culturais**, v. 15, n. 37, p. 181-194, 15 set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v15i37.214>. Acesso em: 31 out. 2022.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo:

Diante disso, cumpre esclarecer que o precedente visa outorgar estabilidade a determinada interpretação jurídica desde que detentora de similar quadro fático. De força obrigatória é o precedente que possuiu eficácia absolutamente vinculante e, diante disso, não se permite refutar o conteúdo decisório inauguralmente declarado, aceitando-se, nada obstante, o *overruling*, que é a mudança de entendimento anteriormente pacificado em concordância com substanciais alterações no campo da realidade. Persuasivo é o precedente que se caracteriza como sendo um norte interpretativo, cabendo adoção ou rejeição, desde que concretamente fundamentado.<sup>43</sup>

A *ratio decidendi* do precedente, tida como as razões de decidir, encontra-se na fundamentação do julgado, relacionando-se aos principais fundamentos prolatados na decisão judicial. A hipótese de não incidência de precedente é alcançada por intermédio da técnica do *distinguishing* que, através de comparação entre o caso em análise e o precedente tido como paradigma, culmine por evidenciar ausência de similitude fática e, como corolário, dessemelhante *ratio decidendi*. Desse modo, a ausência de idêntica base fática verificada pelo *distinguishing* ampara a inaplicabilidade do precedente paradigma no caso concreto.<sup>44</sup>

Dito isso, passa-se, pois, à exposição de precedentes.

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 86.305/RS<sup>45</sup>, julgado em 1/10/2019, o STJ, ao enfrentar a temática relacionada à perícia antropológica, referiu que “se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos ana-

---

Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 108.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 66.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 68.

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de recurso ordinário em habeas corpus n.º 86.305**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe: 18/10/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701571703&dt\\_publicacao=18/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701571703&dt_publicacao=18/10/2019). Acesso em: 31 out. 2022.

lisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas”.<sup>46</sup>

Pois bem, trata-se de *habeas corpus* alusivo à ação penal n.º 5004459- 38.2016.4.04.7117,<sup>47</sup> que imputa a indígenas integrantes do povo Kaingang a prática de duplo homicídio qualificado (artigo 121, § 2.º, incisos III e IV, do Código Penal) por fatos ocorridos enquanto faziam manifestação em reivindicação à terra ancestral.

O processo, de competência do Tribunal do Júri, encontrava-se na fase de pronúncia e os pleitos de tradução dos autos para o idioma dos imputados, concessão de intérprete para os atos processuais e, também, de realização do estudo antropológico haviam sido indeferidos.

Pugnou-se, diante disso, pela suspensão do trâmite da ação penal, com lastro nas seguintes e centrais assertivas.

A uma, “o violento processo de colonização do território brasileiro sobre os povos indígenas ressoa até os dias de hoje também sob este aspecto, qual seja, o abandono forçado da língua materna por povos inteiros em razão da repressão e da injustiça generalizadas a que foram submetidos em todo esse tempo”.

A duas, “com o intérprete se assegurará o direito das testemunhas indígenas de defesa e dos réus no interrogatório expressarem-se em sua própria língua, com a tradução será garantida a compreensão e a ampla defesa”.

A três, “o fato de os recorrentes se utilizarem do idioma nacional para a sobrevivência do dia-dia dentro das condições que lhes foram e

---

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de recurso ordinário em *habeas corpus* n.º 86.305**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe: 18/10/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701571703&dt\\_publicacao=18/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701571703&dt_publicacao=18/10/2019). Acesso em: 31 out. 2022. p. 2.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de recurso ordinário em *habeas corpus* n.º 86.305**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe: 18/10/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701571703&dt\\_publicacao=18/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701571703&dt_publicacao=18/10/2019). Acesso em: 31 out. 2022. p. 5.

são colocadas, não faz presumir que o possuem como idioma materno, principalmente ao considerar que a primeira língua é o Kaingang”.

A quatro, “a política integracionista e assimilacionista foi abandonada com a CF88. Portanto, se requer a realização de perícia antropológica para que a compreensão de todas as partes se dê em amplo sentido, garantindo, com todos os meios, a imparcialidade do processo, e o respeito à organização social, cultura e língua Kaingang, combinadas

ao direito de ampla defesa e não para aferição do grau de entendimento dos Kaingang acusados”.

A cinco, “a perícia, segundo o artigo 59 do Código Penal Brasileiro, em combinação com o artigo 56 do Estatuto do Índio, é o elemento chave para a fixação da pena do réu, incidindo a sua omissão em violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório”.

A seis, “[a]o dizer que a conduta matar alguém é reprovável em qualquer povo indígena, induz a uma lógica equivocada e, com todo respeito, a conclusões presunçosas. Tal tipo de aferição só poderia ser feita para cada povo, em perícia técnica através de laudo antropológico e de maneira contextualizada. Vale lembrar que na nossa própria cultura há caso em que a conduta matar alguém é tida como não reprovável, como é o caso da legítima defesa, estado de necessidade etc.”.

A medida liminar foi concedida ao efeito de suspender a ação penal.

No julgamento do mérito do remédio constitucional, após a contextualização, o Ministro-Relator Rogério Schietti Cruz abriu tópico sobre a proteção constitucional dos índios.

Salientou que os textos insculpidos na Carta Magna de 1988, na Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, na Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, e também na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas são de conteúdo claro no que diz respeito à proteção aos direitos e às garantias individuais dos povos indígenas.

Na sequência, o Ministro analisou o pedido de tradução de peças para a língua Kaingang e o pleito de concessão de intérprete para acompanhamento nos atos processuais. No ponto, destacou que a Corte de origem refutou os pleitos tendo por base a assertiva de que os indígenas possuíam o pleno entendimento dos fatos delituosos a eles imputados, o que foi demonstrado faticamente por meio da ausência de requerimento de tradução no curso do processo, da realização de oitivas e interrogatórios em língua portuguesa sem intercorrências, bem como pela defesa ser realizada por patronos constituídos, indicando ausência de prejuízo apto a dificultar a compreensão dos atos processuais pelos réus.

À vista disso, apontou óbice à apreciação da alegação defensiva, porquanto é vedado ao Superior Tribunal que aprecie pedido que revolva o acervo fático-probatório colhido nos autos, a teor da Súmula n.º 7 da Corte Superior.

Após, ao apreciar o mesmo pedido olhando para o futuro processual, indicou situação de hipossuficiência linguística capaz de gerar ofensa à ampla defesa dos réus. Para tanto, referiu que o Tribunal do Júri possui procedimento bifásico que, na fase do *iudicium accusatione*, objetiva avaliar a suficiência da acusação por intermédio de instrução preliminar e não definitiva. E, a seu turno, na fase do *iudicium causae*, comporta elevada produção probatória detentora de carga definitiva – oitiva de testemunhas, peritos, produção de documentos, nova inquirição dos réus. Assim, deferiu o pleito em caso de pronúncia dos réus.

Por fim, ao apreciar o pedido de elaboração de perícia antropológica, destacou tratar-se de relevante instrumento no auxílio no processo decisório, ainda que não se trate de aparelhagem obrigatória. Indica que a relevância da perícia reside em “*obter uma compreensão da diversidade cultural que permeia os fatos, notadamente os elementos étnicos, históricos e culturais relevantes, que, no caso ora sob análise, são essenciais para o deslinde da questão*”, e, assim, melhor amparo de garante ao magistrado na eventual imposição de reprimenda, pois o artigo 56 do Estatuto do

Índio – Lei n.º 6.001/73 afirma que, “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.

Por conseguinte, restou restabelecido o regular trâmite da ação penal.

À vista do exposto, a *ratio decidendi* do julgamento supracitado reside na realização de perícia antropológica nas hipóteses em que os dados fáticos indicarem que a citada prova pericial fornecerá subsídios expressivos para o estabelecimento ou não da responsabilidade penal de indígenas.

Em contraponto, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1889344/MS<sup>48</sup>, julgado em 5/10/2021, o STJ, ao enfrentar a temática relacionada à perícia antropológica, reafirmou consolidada jurisprudência no sentido de ser dispensável a realização da perícia técnica “quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes.”.

Pois bem, o raciocínio empregado no julgado mencionado parte, igualmente, das premissas de proteção aos direitos dos povos indígenas, encontrando, todavia, distinta base fática, na medida em que o caso concreto evidenciou que o indígena, autor de ilícito criminal, encontrava-se plenamente integrado à sociedade civil brasileira. Diante disso, a Corte Superior considera ser dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico nos casos em que elementos, como, por exemplo, fluência na língua portuguesa e certo grau de escolaridade, evidenciem que o indígena está integrado à sociedade brasileira.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de agravo regimental no agravo em recurso especial n.º 1889344**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJe 8/10/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101519957&dt\\_publicacao=08/10/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101519957&dt_publicacao=08/10/2021). Acesso em: 31 out. 2022.

Nesse caso, a *ratio decidendi* situa-se na desnecessidade de realização de perícia antropológica exclusivamente nas situações em que o indígena se encontre integrado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cerne do debate que se apresentou relaciona-se com a coexistência em solo brasileiro da jurisdição penal estatal e da jurisdição penal indígena, que, em verdade, refere-se a uma gama variada de tradições, costumes e lealdades transgeracionais atinentes à resposta a ser dada por grupos tribais aos ilícitos cometidos no interior de seus territórios, diferenciando-se, pois, do direito penal oficial que é codificado.

Com efeito, a existência simultânea de jurisdições originou-se, no direito pátrio, com o reconhecimento constitucional das organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, bem como dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O artigo 231, *caput*, da Constituição Federal garante autonomia ao direito penal indígena. E, assim sendo, são plenamente válidos perante o Estado brasileiro os julgamentos realizados por tribos referentes aos ilícitos perpetrados em territórios indígenas.

Desse modo, o direito penal estatal é meramente residual nessa hipótese, incidindo exclusivamente na ausência de apuração do fato pelas autoridades indígenas ou, ainda, quando houver violações aos direitos humanos. Banda outra, o conflito criminal ocorrido fora do território indígena será tutelado pelo direito penal estatal com incidência do regramento específico insculpido no Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73.

Assim, observou-se que a intervenção do direito penal estatal no interior das terras indígenas é mínima, e, se assim não fosse, haveria risco de criminalizarem-se as culturas e tradições de grupos tribais, em desrespeito à autodeterminação dos povos, que abrange o fortalecimento de suas instituições jurídicas, bem como a garantia da diversi-



dade étnica e cultural. Por conseguinte, o Brasil adimple as normatizações internacionais ao respeitar os métodos a que os povos tradicionais recorrem para a repressão dos ilícitos perpetrados por seus membros e, ainda, ao conferir tratamento jurídico diferenciado nas hipóteses em que o indígena é o autor criminal.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6.<sup>a</sup> Turma). **Acórdão de recurso ordinário em habeas corpus n.º 86.305**. Recurso em *habeas corpus*. Ação penal de competência do júri. Comunidade indígena kaingang. Tradução dos autos. Impossibilidade. Ausência de comprovação do prejuízo. Aceitação tácita da defesa técnica constituída. Requerimento de intérprete realizado após o término da instrução processual. [...]. Recorrentes: Nelson Reko de Oliveira e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 18/10/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701571703 &dt\\_publicacao=18/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701571703 &dt_publicacao=18/10/2019). Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5.<sup>a</sup> Turma). **Acórdão de agravo regimental no agravo em recurso especial n.º 1889344**. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Nulidade. Necessidade de realização de perícia antropológica indígena. Preclusão

consumativa. Dispensabilidade. Constatação por outros elementos probatórios. [...] Agravante: N. X. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Joel Ilan Paciornik, DJe 8/10/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101519957 &dt\\_publicacao=08/10/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101519957 &dt_publicacao=08/10/2021). Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação criminal n.º 0090.10.000302-0**. Apelação criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na terra indígena Manoá/Pium. Região serra da lua, município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. Limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de persecução penal. *Jus puniendi* estatal a ser afastado. *Non bis in idem*. Questão de direitos humanos. Higiene do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do direito comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo ministerial desprovido. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Mauro Campello, 18.12.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=oV4N30sJ47Jf7OX3uFp5Y-m1yvDEavQmnKYirklv.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Recurso em sentido estrito n.º 08003056320178230090**. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado tentado. Ameaça. Pretensa absolvição ante a violação ao princípio do *non bis in idem*. Possibilidade de dupla punição em virtude da repreensão aplicada ao acusado pelo conselho de lideranças indígenas a qual pertence. Recorrente: Valdecir da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Roraima. Relator: Esdras Silva Pinto, 2.9.2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index>.

xhtml;sessionid=oV4N30sJ47Jf7OX3uFp\_5Y-m1yvDEavQmnKYirklv.  
prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 31 out. 2022.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. “**Infanticídio**” indígena: o dilema da travessia. Curitiba: Appris, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio roque. **Crimes federais**. 4. ed. Salvador: Juspodvium, 2016.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MAIA, Luciano Mariz. **Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios**. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/Documentos e publicações/Artigos/docs\\_artigos](http://www.mpf.mp.br/Documentos_e_publicações/Artigos/docs_artigos). Acesso em: 31 out. 2022.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ONU. **Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Nova York, 2007. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185079>. Acesso em: 31 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais**. Genebra, 1989. Disponível

em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencaon169-pl.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

PATRÍCIO, Mariza Giacomini Lozer; BARRERO, Paloma Andréa Cardozo. A responsabilidade penal dos índios na prática de crimes ambientais: um comparativo da legislação brasileira e colombiana. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 1, n. 2, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 14. ed. v.1. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvium, 2020.

# A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma abordagem do sistema judicial brasileiro

Carla Carrion Frós<sup>1</sup>

## RESUMO

A possibilidade de execução provisória da pena está diretamente ligada ao estudo e a extensão do princípio da presunção de inocência. Sobre o tema, duas são as decisões paradigmáticas no Supremo Tribunal Federal: o *Habeas Corpus* 84.078/MG e o *Habeas Corpus* 126.292/SP. Para tanto, necessária uma reflexão, ainda que breve, sobre o alcance do princípio da presunção de inocência. Por outro lado, importante referir que em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 283, com redação alterada pela Lei n.º 13.964/2019, disciplinando as hipóteses de prisão no ordenamento processual penal, e 637 do Código de Processo Penal, este estabelecendo que o Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência e sua extensão. Legislação em vigor. Decisões do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS). Especialista em Direito Penal e Processual Penal e em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FPM). Mestra em Direito pela FMP. Artigo apresentado para a Disciplina de Garantias Processuais dos Bens Públicos Incondicionados. Ano/Semestre: 2021/2.

## ABSTRACT

This article aims at discussing the possibility of provisional execution of the penalty to be directly linked to the study and to the extension of the principle of presumption of innocence. On the subject, there are two paradigmatic decisions in the Federal Supreme Court: HC 84.078/MG and HC 126.292/SP. Therefore, it is necessary to reflect, albeit brief, on the scope of the principle of presumption of innocence. On the other hand, it is important to note that in force in the Brazilian legal system, articles 283, with wording amended by Law No. 13.964/2019, regulating the cases of imprisonment in the criminal procedural system, 637 of the Code of Criminal Procedure, this establishing that the Extraordinary Appeal does not have a suspensive effect.

**Keywords:** Provisional execution of the penalty. Principle of presumption of innocence and its extension Current legislation. Decisions of the Federal Supreme. Court.

## 1 INTRODUÇÃO

A cláusula da presunção de inocência impõe, em princípio, a regra da proibição de execução provisória da pena, que somente pode ser aceita em determinadas hipóteses, presentes os requisitos e pressupostos da prisão preventiva. Há, porém, divergências quanto a esse entendimento, tanto na doutrina quanto nos Tribunais, em face da própria complexidade do tema.

Nos tribunais brasileiros, a jurisprudência sempre oscilou acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF), por 7x4, modificou a jurisprudência assentada antes no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG. Na ocasião, entendeu-se que a execução provisória era incompatível com o princípio da presunção de inocência. Em 2016, foi novamente a jurisprudência alterada, ao ser julgado o *Habeas Corpus* 126.292/SP, que,

por maioria, reconheceu a possibilidade de execução da pena após julgamento em 2.<sup>a</sup> instância, o que para muitos viola também o princípio do devido processo legal. Não se olvide, outrossim, que as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, todas de 2019, também reformaram o posicionamento.

Pretende-se, então, neste artigo, abordar os principais aspectos de cada uma das decisões: o *Habeas Corpus* 84.078/MG e o *Habeas Corpus* 126.292-SP. O estudo será dividido em três partes: inicialmente, discorrer-se-á sobre o princípio da presunção de inocência, como garantia processual penal e sua compatibilidade com as prisões de natureza penal e cautelar, bem como a sua extensão, e o princípio do duplo grau de jurisdição. Logo após, analisar-se-á o tratamento dispensado à execução provisória da pena na legislação brasileira e a harmonia entre os dispositivos legais vigentes. Na sequência, discorrer-se-á sobre a evolução da jurisprudência no STF acerca da matéria.

Em linhas gerais, considerações acerca da observância do direito de liberdade do réu serão feitas sem descurar-se do direito da sociedade à segurança e do risco de prescrição caso a execução da pena tenha de aguardar o trânsito em julgado.

Adotar-se-á a investigação do tipo jurídico-descritivo como metodologia, sem, contudo, esgotar o tema, mas com argumentos capazes de apresentar uma aplicação equilibrada do princípio da presunção de inocência com o do duplo grau de jurisdição e suas características.

## **2 A NECESSÁRIA CONFORMIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DUPLO GRAU DE JURISPRUDÊNCIA**

A origem do princípio da presunção de inocência está na Magna Carta inglesa de 1215, que veio a remodelar a figura do rei e a estabelecer que os súditos não poderiam ser condenados à prisão sem antes passar por um processo judicial. A roupagem de hoje, entretanto, somente surgiu com a Revolução Francesa, com a Declaração Universal

dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, em seu artigo 9.º, estabeleceu que todo acusado deve ser presumido inocente, até que seja declarado culpado. Este mesmo regramento já estava também previsto no item VIII da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776.

Atualmente, esse princípio está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 11, parágrafo 1.º, no artigo XXVI<sup>2</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, assim como no artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem, de 1950, no artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 8.º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (KURKOWSKI, 2019).

No Brasil, a Constituição Federal, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece, no artigo 5.º, inciso LVII, a “presunção de inocência”: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Com base nesse dispositivo, parte da doutrina entende que a prisão somente pode ser decretada antes do trânsito em julgado se de natureza cautelar, sob pena de inadequada antecipação de pena (FERNANDES, 2005).

Igualmente, por força do artigo 5.º, parágrafo 2.º, da Constituição Federal, há de ser destacado que o Decreto n.º 678/92, ao ratificar o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), no seu artigo 8.º, incluiu mais um dispositivo na legislação a referendar o mesmo princípio. Isso significa que esta garantia não pode ser mitigada, uma vez que o acusado apenas perde a condição de inocente após sentença condenatória irreversível e, para que esta condição seja garantida, uma série de consequências são impostas: a

---

<sup>2</sup> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa.



do *in dubio pro reo*, a de que compete à acusação provar o alegado e ao tratamento digno ao acusado (THUMS, 2006).

Para a doutrina, esse artigo trata do princípio da não culpabilidade, que garante a todo o cidadão que o cumprimento da pena pressupõe a prática de um fato típico e antijurídico e a prova da culpabilidade para alguém ser declarado culpado. Este mesmo princípio também decorre do inciso XLVI do artigo 5.º da Constituição Federal, que trata justamente da individualização da pena, que tem no seu nascedouro a culpabilidade do réu (LUIZI, 2003).

Com efeito, a presunção de inocência constitui uma garantia fundamental de qualquer sistema processual democrático e está relacionada à limitação do poder punitivo do Estado. Trata-se de um princípio supremo, que garante ao cidadão a sua liberdade, até o trânsito em julgado da condenação, sendo um dos postulados do sistema acusatório, no qual há separação entre os órgãos encarregados da acusação, da defesa e do julgamento (BARROSO, 2021).

Da leitura de conhecidos diplomas internacionais, vê-se, contudo, que a discussão gira em torno dos limites da presunção de inocência, a partir das expressões “*trânsito em julgado*” e “*até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*”, que, claramente, aludem aos momentos possíveis de perda do acusado da qualidade de inocente.

É certo afirmar, porém, que o momento de verificação da culpa envolve dois sistemas: o sistema do trânsito em julgado final e o do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, o artigo 5.º, inciso XVII, assim dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, ou seja, todo cumprimento de pena está associado à declaração de que o acusado cometeu um fato típico e antijurídico (BRASIL, 1988).

Mas qual a extensão dessa inocência? A execução provisória encontra respaldo na Constituição Federal? Em que momento se dá a formação da culpa?

Nesse diapasão, importante discorrer sobre o princípio expresso da presunção de inocência e a discussão sobre a culpabilidade, uma vez que há quem defenda a constitucionalidade da execução provisória em instâncias extraordinárias como regra, sem que se possa falar em prisão de um inocente.

Importante referir que, para alguns, como adiante se verá, inocência e culpa não são a mesma coisa. Para alguns, a Constituição Federal garante a presunção de inocência, ou seja, o estado de inocência, e não da culpa.

Estabelecida a culpa, não há de se indagar dos fatos, somente cabendo às instâncias superiores a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. E aqui reside a grande controvérsia: o direito coletivo à segurança deve prevalecer? O STF, antes de 2009, com grande impacto no Direito Penal, entendia que, enquanto pendente recurso, o estado de inocência permanecia, ainda que não mais se discutisse a culpa.

Afrânio Silva Jardim (2005) afirma que a presunção de culpa estabelecida na Constituição é impropriamente chamada de presunção de inocência, que remonta a declaração à Constituição Francesa de 1791. O que a Constituição veda, sim, é que o legislador ordinário inverta o ônus da prova. A presunção de não culpa obriga o Ministério Público ou o querelante a demonstrar a prática da infração penal alegada. Aliás, o próprio inciso LIV do artigo 5.º da Constituição Federal dispõe que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, e o inciso LXI deste mesmo artigo prevê a possibilidade de prisão provisória mediante ordem escrita e bem fundamentada.

Sendo assim, sustenta-se que a discussão sobre a prova ocorre, portanto, apenas em duas instâncias: em primeiro e segundo grau. Fora dessas hipóteses, não são mais as provas analisadas, o que significa que a inocência do réu se encerra quando a culpa se forma. Formada a culpa, somente questões excepcionais podem ser modificadas, não mais relacionadas aos fatos, ao mérito propriamente dito (MUNIZ, 2019).

Nessa toada, não haveria, com efeito, uma vez comprovada a culpa, razão para impedir a execução da pena quando pendente recurso especial e extraordinário, porque esse tipo de recurso não tem efeito suspensivo, de modo que a decisão do tribunal *a quo* poderia ser perfeitamente executada.

E diretamente relacionado a esse princípio tem-se o princípio do duplo grau de jurisdição. Isso porque o inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por essa razão, o princípio da presunção de inocência está atrelado ao encerramento da instrução probatória, oportunidade na qual decide o Magistrado pela condenação ou não do réu (KURKOWSKI, 2019), sendo o Brasil um dos poucos países que não permitem a execução provisória, ainda quando nem mesmo o Pacto de San José exige o trânsito em julgado.

No entanto, Pacelli (2019), mesmo contrário à execução provisória da pena e antes da alteração da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, admitia a possibilidade de uma interpretação conforme a Constituição para a aplicação da execução provisória da pena, quando estivessem presentes evidências da não reversão da condenação.

### **3 DA NÃO CULPABILIDADE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Grande parte dos autores aduzem que toda prisão antes do trânsito em julgado da condenação tem natureza cautelar, somente sendo admitida, portanto, se presentes os pressupostos da chamada prisão preventiva. Não admitem estes autores a possibilidade de execução provisória, de natureza satisfativa, ainda que sujeita a recurso, uma vez que prejudicial ao réu. Em sentido contrário, sustentam outros que a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e es-

pecial autoriza a execução provisória da pena privativa de liberdade (PACELLI; FISCHER, 2019).

A chamada execução provisória da pena, objeto de inúmeras críticas, por afronta ao princípio da presunção de inocência, possibilita a antecipação da pena privativa de liberdade do réu, já condenado em primeiro e segundo grau, ainda que recursos sejam interpostos aos tribunais superiores.

Importante também observar o teor do artigo 597 do Código de Processo Penal. A interpretação desse artigo leva à conclusão de que a apelação contra sentença penal condenatória é recebida no efeito suspensivo, não sendo possível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, enquanto pendentes de julgamento recursos às instâncias superiores.

Já o artigo 637 do Código de Processo Penal estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o que significa dizer que admite a possibilidade de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, não caracterizando constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão.

A execução provisória da pena da mesma forma foi objeto de debates no Superior Tribunal de Justiça (STJ) enquanto ainda pendentes de julgamento recursos especiais e extraordinários interpostos, tanto que editado o enunciado da Súmula n.º 267 do Tribunal – “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” – e o enunciado da Súmula n.º 122 do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (TRF-4).

O enunciado da Súmula n.º 716 do STF, sem utilizar a expressão “execução provisória”, a sua vez, decorreu também de jurisprudência de diversos tribunais, nos anos 1990, justamente porque uma decisão condenatória, por vezes, leva anos para transitar em julgado em razão dos inúmeros recursos protelatórios interpostos; nada mais justo, assim, autorizar-se a progressão de regime antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mediante a expedição de guia

de recolhimento provisória. Nessa toada, também editada a Súmula n.º 717 nos seguintes termos: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

Entretanto, com as alterações realizadas no Código de Processo Penal pelas Leis n.º 11.689/2008 e n.º 11.719/2008, que revogaram os artigos 406, parágrafo primeiro, e 594, não mais se admite a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível e de decisão de pronúncia, salvo se de natureza cautelar.

No mesmo sentido, a alteração sofrida na redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, pela Lei n.º 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”, ao estabelecer que a prisão está restrita a prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares ou após o trânsito em julgado da condenação criminal; e o artigo 313, parágrafo 2.º, do Código de Processo Penal, ao determinar que não será admitida a prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento da pena.

Essa mesma lei, dentre as alterações, fixou que a sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri, no tocante aos seus efeitos, se a pena for superior a 15 anos, deve o Juiz determinar a execução provisória da pena. Eis o teor da alínea “e” do inciso I do artigo 492 do CPP, *verbis*:

Mandarà o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos (BRASIL, 1941).

Alega-se, em sentido contrário, que a pena não pode ser executada provisoriamente, uma vez que, caso desconstituída a decisão, a pena

terá sido injustamente cumprida, não sendo suficientes os argumentos por vezes invocados no sentido de que os fatos não serão objeto de análise nas Cortes Supremas ou de que o Pacto de São José da Costa Rica<sup>3</sup> não refere recurso afora o do duplo grau de jurisdição (BRITO, 2020).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, mais de uma vez, mudou seu posicionamento. Exemplo disso são os julgamentos dos *Habeas Corpus* 84.078/MG e *Habeas Corpus* 126.292-SP, conforme já apontado.

Por oportuno, impende referir que países como Estados Unidos, Inglaterra, Espanha, Portugal e Argentina fixam que, uma vez condenado em duplo grau de jurisdição, é possível a execução da pena, ainda que outros recursos sejam interpostos, sem que se fale em violação de qualquer direito ou garantia. O mesmo ocorre no Canadá, onde depois de ser o acusado considerado culpado, deve a pena ser cumprida. Aliás, em todos esses países há uma distinção entre a sentença dada pelo juiz monocrático e aquela prolatada por jurados (MUNIZ, 2019).

#### **4 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ainda assim, por um longo período, as decisões do STF não falavam em violação a esse princípio quando da execução provisória de uma sentença criminal. Nesse sentido, o *Habeas Corpus* 68.726-SP.

---

<sup>3</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Decreto n.º 678/92. Segundo a regra da Convenção, toda pessoa acusada deve ter direito a recorrer da sentença ou tribunal para juiz ou tribunal superior.

Esse entendimento perdurou até 2009, quando, em 5 de fevereiro, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078, foi decidido em sentido diametralmente oposto. Por maioria de sete votos a quatro, foi reconhecida a impossibilidade de execução provisória da pena, uma vez que incompatível com o princípio da presunção de inocência. A Corte Superior passou a entender, assim, que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença somente seria possível por meio de prisão cautelar.

A partir de então, passou-se a exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, salvo se de natureza cautelar a prisão, sob o argumento da inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”, por afronta aos artigos 5.º, inciso LVII, e 1.º, inciso III, ambos da Constituição Federal. Isso porque a própria Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória e se sobrepõe, temporal e materialmente, ao artigo 637 do Código de Processo Penal, consoante constou da ementa do acórdão.

No ano de 2016, novamente os Ministros integrantes do Supremo Tribunal decidiram em sentido oposto, por ocasião do julgamento n.º 126.292/SP, passando desta vez a admitir a possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da sentença no segundo grau.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o Ministro Teori Zavascki, relator, monocraticamente, deferiu o pedido liminar relativo à suspensão da ordem de prisão provisória ordenada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O Pleno, contudo, denegou o *habeas corpus* e reverteu a liminar concedida pelo Ministro Teori Zavascki.

A partir dessa decisão, diversas discussões surgiram, uma vez ou outra, acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena antes de esgotado o julgamento de todos os recursos. Os parâmetros então utilizados foram: o limite do princípio da presunção da inocência e o equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender ao princípio também da segurança.

Aliás, esse entendimento não era novo. Conforme inicialmente apontado, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado posição no sentido de que era possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, consoante estabelecido no *Habeas Corpus* 68.726. Neste ficou determinado que, mantida a condenação, ou seja, exauridas as instâncias ordinárias, nada há de ilegal ou inconstitucional na expedição de mandado de prisão pelo juízo de segundo grau.

O Ministro Relator Teori Zavascki, em seu voto, discorreu sobre os limites da discussão sobre a culpabilidade e que implicância no processo penal tem tal princípio, argumentando que é “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2006).

Os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli seguiram o entendimento do relator; apenas, em sentido contrário, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. No voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso são apresentados fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução provisória (BRASIL, 2016). Para esse Ministro, um dos fundamentos para a decretação de uma prisão no Brasil é a existência de uma determinação escrita e fundamentada. O que basta. O segundo argumento refere-se ao alcance a ser dado ao dispositivo em comento, uma vez que o dispositivo fala em culpabilidade – mas qual seria então este marco? Por fim, o terceiro fundamento envolve reconhecer que após a condenação em 2.º grau a execução da pena constitui-se em uma exigência da ordem pública (DAMASCENO, 2019).

Para Barroso, em seu voto no *Habeas Corpus* n.º 126.292, não mais se justificaria a ideia conservadora do princípio da presunção de inocência, razão pela qual necessária seria uma interpretação do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal em consonância com os anseios sociais, e a mutação constitucional seria o instrumento teórico para



justificar esta mudança. Segundo o Ministro, a mutação constitucional seria um “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto” (Min. Luís Roberto Barroso, voto no *Habeas Corpus* n.º 126.292, p. 30), em face “de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”.

Na oportunidade, o Ministro Barroso, ao lavrar seu voto, ainda fez breve análise do tema da mutação constitucional, que autoriza a modificação e o alcance das normas constitucionais em razão de uma mudança na realidade fática sobre o que deva ser considerado justo (BARROSO, 2016). Ressalte-se que foram interpostos embargos de declaração em face desta decisão. O Supremo, porém, rejeitou os aclaratórios, e confirmou o entendimento antes fixado, sem efetuar, contudo, a modulação dos seus efeitos. A Ministra Rosa Weber ressaltou o seu posicionamento, em sentido contrário, tendo o Ministro Celso de Mello sido voto vencido.

Nesse mesmo ano, em razão das inúmeras discussões travadas acerca da (in)constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, duas ações declaratórias foram ajuizadas: 43 e 44. Nestas, buscava-se a plena vigência e constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal a fim de evitar os efeitos da decisão tomada nos autos do *Habeas Corpus* 126.292, de 17 de fevereiro de 2016. As liminares foram apreciadas em 5 de outubro de 2016.

Quando do julgamento das ações, no dia 7 de novembro de 2019, o Ministro Marco Aurélio votou pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, afirmando que do teor do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal extrai-se justamente que a pena somente pode ser executada após a condenação em definitivo.

Na sequência, foi aberta divergência pelo Ministro Alexandre de Moraes exatamente sob o argumento de que a decisão condenatória em segunda instância é suficiente para a execução provisória da pena.

No mesmo sentido o voto do Ministro Facchin, tendo constado do voto que a menos que seja conferido efeito suspensivo ao recurso deve a pena ser executada esgotadas as instâncias ordinárias. Na mesma linha, foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, destacando que o entendimento de que aguardar o trânsito em julgado somente abre espaço para o ajuizamento de recursos protelatórios e sensação de impunidade. Rosa Weber, a sua vez, votou pela constitucionalidade.

Luiz Fux divergiu do relator e votou pela constitucionalidade da execução provisória da pena, na medida em que, esgotadas as instâncias ordinárias, já pode ser declarado culpado o réu e a prisão necessária. Ricardo Lewandowski, em sentido contrário, votou pela inconstitucionalidade da execução provisória. Alegou que o sistema brasileiro é passível de erros e que a vontade do legislador ordinário deve prevalecer. Carmen Lúcia, com base nos princípios da segurança jurídica e da efetividade penal, asseverou que o inciso LVII deve ser lido com outros dispositivos, como o inciso LXI, sendo suficiente o princípio da presunção de inocência. Gilmar Mendes modificou sua posição e Celso de Mello votou igualmente pela inconstitucionalidade. Ao final, o Ministro Dias Toffoli, modificando seu entendimento, votou pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Em 2018, foi ajuizada uma ação declaratória de constitucionalidade a fim de também suspender as execuções provisórias em curso, tendo o Ministro Marco Aurélio, relator, deferido o pedido, mas sendo a decisão, após, suspensa pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Barroso, neste julgamento, adotou assim o princípio do duplo grau de jurisdição, firmando o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em sede de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Há quem sustente, porém, que, por ser a presunção de inocência um direito fundamental, o posicionamento do Ministro Barroso teve a intenção de limitar o exercício do referido direito, com evidente

violação aos limites materiais de reforma da Constituição. Da decisão, verifica-se que Barroso recorreu à mutação constitucional, sob o argumento de que a Constituição necessita se adaptar às realidades sociais. E nesse ponto, sob o viés democrático e à luz da força normativa da Constituição, tem a mutação constitucional a função de promover mudanças na ordem constitucional, sem, porém, serem os núcleos essenciais da Constituição e os direitos fundamentais atingidos.

Não se olvide que o Direito Penal tem como uma de suas missões a contenção e a redução da criminalidade, o que significa dizer que esse ramo do Direito deve servir de instrumento de proteção de bens jurídicos relevantes. Por certo também que o artigo 144 da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir segurança aos integrantes do corpo social, o que significa dizer que a segurança pública enquanto dever do Estado impõe a este a obrigação de garantir proteção às pessoas e a seus patrimônios, seja garantindo a segurança e prevenindo a prática de novos crimes seja reprimindo tantos outros.

Nesse sentido, por certo existem direitos fundamentais a serem observados. Todavia, igualmente não pode ser afastada a proteção da coletividade, impedindo que o *ius puniendi* estatal seja cumprido sem que antes sejam esgotadas todas as vias recursais até que ultimado o cumprimento da sentença condenatória de 1.º grau, já confirmada em 2.º grau, ou seja, garantido já o direito ao duplo grau de jurisdição, mas no aguardo de decisões que garantam o efetivo trânsito em julgado da decisão.

De qualquer sorte, ao lado da dignidade humana dos presos, gravita o interesse social da segurança pública, e nessa perspectiva é possível também dizer que o princípio da presunção de inocência pode ser mitigado, o que não importa, por certo, na sua banalização.

Evidentemente, o interesse por este tema gira em torno da controvérsia ao longo dos anos no STF. Dessas decisões observa-se que a temática ainda está em aberto, tamanhas as controvérsias ainda existentes. Por essas decisões, tem-se que os direitos fundamentais não po-

dem ser vulnerados, mas que uma proteção deficiente da mesma forma não pode ser admitida, sendo de rigor a busca de uma solução o mais justa possível, capaz de abrigar direitos fundamentais individuais, mas também o de segurança da sociedade (PULIDO, 2013).

Com efeito, ao lado dos direitos de defesa, que impõem ao Estado a obrigação de não violar a liberdade constitucionalmente prevista, existe também uma vinculação do Estado de prestação positiva no que diz respeito à segurança. Trata-se de impor ao Estado, igualmente, o dever de atuar de forma efetiva na proteção da sociedade.

Desse modo, a leitura do preceito constitucional há de ser feita de forma sistêmica e não de forma isolada, uma vez que, de uma leitura pura e simples do disposto na Constituição, poder-se-ia dizer que inviável a prisão antes do trânsito em julgado, ausentes os pressupostos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como adotando os argumentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal. Obviamente, inaceitável qualquer condenação sem o devido processo legal (PACCELI; FISCHER, 2019).

Por fim, cumpre referir, sem esgotar o tema, a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição, de n.º 199/2019, pelo Deputado Alex Manente (CIDADANIA/SP), que altera os artigos 102 e 105 da Constituição Federal, prevendo a transformação dos recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Referido projeto aguarda a designação de relator na Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n.º 199-A, de 2019.

## **5 CINSIDERAÇÕES FINAIS**

Do antes pontuado, percebe-se que hoje ainda persiste o debate jurídico-político sobre a possibilidade de prisão em segunda instância e sobre qual a melhor interpretação do artigo 5.º, inciso LVII, da Cons-

tituição Federal. Para aqueles contrários à execução, dita provisória, o recolhimento à prisão somente cabe se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Entretanto, neste estudo, verificou-se que, para alguns, essa garantia fundamental pode ser flexibilizada, a fim de possibilitar a submissão de condenados à prisão-pena antes do trânsito em julgado, uma vez que, após a segunda instância, os recursos especial ou extraordinário não permitem a revisão dos fatos, mas tão somente a discussão jurídica sobre a aplicação correta das normas jurídicas. Para outros, evidente a violação de garantia constitucionalmente prevista da presunção de inocência.

O que se vê, porém, são inúmeros recursos utilizados para estender indefinidamente o feito e evitar o trânsito em julgado definitivo de uma sentença de primeiro grau, graças ao sistema judicial recursal brasileiro. Recursos com a finalidade meramente protelatória são interpostos para retardar a condenação, a prisão dos réus ou mesmo levar à prescrição. Justamente em razão disso, também a efetividade das decisões condenatórias de primeiro grau e de segundo grau fica afetada, bem como a própria credibilidade da justiça.

E nesse contexto, em que pese o consagrado na Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência aponta para a discussão acerca da culpabilidade, que deve encontrar limites no julgamento da apelação, ou ainda na decisão do Conselho de Sentença, bem como no princípio da celeridade processual. Mecanismos outros, por certo existem, diante de uma possível execução ilegal que viole o princípio da presunção de inocência. Longe ainda se está do modelo ideal que possa minimizar a situação calamitosa em que vive o Poder Judiciário – processos que chegam a durar mais de 20 anos sem que a sentença condenatória se torne irrecorrível –, mas o debate acerca da extensão deste princípio ainda está a exigir reflexões, uma vez que segue indispensável à existência do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 2ª tir., 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal de 1941. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, DF: 2008. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, DF: 2008. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de

Melo Brasília, DF: 2001. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília: DF. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68.726/SP**. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Mora. Relatora: Min. Néri da Silveira. Brasília: DF. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Recorrido: Banco Central do Brasil – BACEN. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília: DF. 1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1500208>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Brasília: DF. 2003. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=s\\_umula\\_701\\_800](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=s_umula_701_800). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Brasília: DF. 2003. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=s\\_umula\\_701\\_800](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=s_umula_701_800). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267**. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Brasília: DF. 2002. Disponível em: ht-

[tps://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22201%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22300%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22201%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22300%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22201%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22300%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22201%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22300%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região. **Súmula 122**. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Porto Alegre: RS. 2016. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=12527](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12527). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DAMASCENO, Adriano Antunes. Presunção de inocência e execução da pena no supremo tribunal federal: o dito pelo não dito **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 152, p. 261-275, 2019.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Fabris, 2003.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Execução Provisória da Pena no Júri: fundamentos políticos e jurídicos**. Belo Horizonte: O'Plácido, 2019.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MUNIZ, Alexandre Carrinho. Execução Provisória da Pena após Condenação pelo Tribunal do Júri segundo os parâmetros do Habeas Corpus n.126.292/SP Julgado pelo Supremo Tribunal Federal. **Atuação**: Rev. Jur. do Min. Públ. Catarin, Florianópolis, v. 14, n. 31, p. 25-51, dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, DF: Unicef [2020?]. Adotada e proclamada em 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 6 dez. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Brasília, DF: Unicef [2021]. Disponível em: <https://www.un.org/es/> Acesso em: 6 dez. 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa de Bustamente com a colaboração de Bruno Siegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

# Juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro

## *Judge of guarantees in the brazilian legal system*

*Etiane Rodrigues<sup>1</sup>*

### RESUMO

A Lei n.º 13.964/2019 trouxe significativas mudanças no Código de Processo Penal, em especial a introdução do juiz das garantias. O instituto foi alvo de controle de constitucionalidade e sua eficácia encontra-se suspensa cautelarmente. A presente pesquisa tem como principal objetivo estudar a influência direta do novo instituto para o sistema persecutório nacional e os efeitos sobre a implantação no Brasil. Para tanto, é feita análise sobre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório. Após, passa-se a um breve estudo sobre os fundamentos da imparcialidade; e, por fim, um exame sobre a implantação do instituto do juiz das garantias no que concerne principalmente à dificuldade de sua efetivação. Trata-se de uma das maiores mudanças processuais com a promessa de maximizar a imparcialidade do julgador. Compõe o trabalho pesquisa descritiva e exploratória, com método hipotético-dedutivo através de procedimento bibliográfico e documental. A título

---

<sup>1</sup> Advogada inscrita na OAB/RS 96014. Bacharel em Direito pela Faculdade Cenecista de Osório (CNEC/FACOS) (2014), pós-graduada em Direito Penal (2015), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2015), Gestão em Políticas Públicas Municipais (2016), MBA em Políticas Públicas Municipais (2021), especialista em Prática Penal Avançada (2022). Cursando Formação em Pensamento Sistêmico e Constelações com ênfase no Direito (2022), aluna não regular do Mestrado em Direito da Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FPM) (2022). E-mail: etiane.rodrigues@gmail.com.

lo de conclusão da pesquisa empreendida, aponta-se a necessidade de modificação dos padrões existentes de atuação do magistrado, como forma de aperfeiçoamento do sistema penal, porém o instituto apresenta dispositivos de constitucionalidade duvidosa.

**Palavras-chave:** Lei n.º 13.964/2019. Sistemas processuais. Juiz das garantias.

### ABSTRACT

Law 13.964/2019 brought significant changes to the Code of Criminal Procedure, in particular the introduction of the guarantee judge. The institute was subject to constitutionality control and its effectiveness is cautiously suspended. The main objective of this research is to study the direct influence of the new institute on the national prosecution system and the effects on its implementation in Brazil. In order to do so, an analysis is made of the inquisitorial and accusatory criminal procedural systems. Afterwards, a brief study on the foundations of impartiality is carried out, and finally, an examination on the implementation of the institute of the guarantee judge, mainly concerning the difficulties of its implementation. This is one of the biggest procedural changes with the promise of maximizing the judge's impartiality. It composes the work of descriptive and exploratory research, with a hypothetical-deductive method through the bibliographic and documental procedure. The title of conclusion of the research undertaken, points to the need to modify the existing standards of the magistrate's performance, as a way of improving the penal system, however, the institute presents devices of dubious constitutionality.

**Keywords:** Law 13.964/2019. Procedural systems. Guaranteee judge.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a Lei n.º 13.964/2019 – o denominado Pacote Anticrime –, diversas modificações na legislação penal foram promovidas. A figura do juiz das garantias está inserida nos artigos 3-B a 3-F do Código de Processo Penal, no entanto foi suspensa por prazo indeterminado, devido à concessão de liminar na medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins) n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux. Em que pese os dispositivos estarem suspensos, isso não resulta em sua revogação ou até mesmo a declaração de inconstitucionalidade. Nesse diapasão, os referidos dispositivos legais estão no aguardo de sua vigência; porém, não há data para que a matéria possa ser discutida no Plenário do STF.

O juiz das garantias não é uma cogitação de agora, pois já estava contemplado no Projeto de Lei n.º 156/2009 do Senado Federal, que trata da instituição do Novo Código de Processo Penal, tendo-se submetido a amplo debate pela comunidade jurídica desde 2009 (CNJ, 2020). É um instituto de aperfeiçoamento do sistema processual penal que busca salvaguardar a máxima imparcialidade do órgão julgador. Nestor Távora menciona que “o conceito de juiz de garantias se relaciona intimamente com a sua competência e com a necessidade de se assegurar a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento de mérito condenatório” (TÁVORA et al., 2022, p.197).

A presente pesquisa tem como objetivo principal estudar o instituto do juiz das garantias, com vistas a analisar a influência direta do novo instituto para o sistema persecutório nacional e os efeitos da sua implantação. Para isso, o delineamento da pesquisa se deu pelo método dedutivo, com base em análise de diversas doutrinas e artigos científicos estudados na disciplina do mestrado em Direito Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis, ministrada pelo professor Fábio Roque Sbardelotto, na Fundação Escola Superior do Ministério Público.

A pesquisa foi segmentada em três capítulos, iniciando pelo sistema inquisitivo e o sistema acusatório, a fim de demonstrar as suas principais características. Em seguida, trata do fundamento da imparcialidade em relação ao juiz das garantias, para então examinar questões acerca da implantação do instituto no Brasil.

Nessa premissa, estudaremos em apertada síntese o juiz das garantias, figura que vem causando discussão ardente no âmbito jurídico. A pesquisa abordará o fundamento do instituto e as críticas. A exposição dos tópicos citados levará em consideração os direitos e garantias básicos do indivíduo, com o objetivo de demonstrar a necessidade de o juiz maximizar a imparcialidade ao longo do processo como forma lícita e legitimidade do desempenho da função jurisdicional.

## **2 SISTEMA INQUISITIVO E SISTEMA ACUSATÓRIO**

O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única figura, o juiz. Aury Lopes Júnior aduz que “foi desacreditado-principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar” (LOPES JÚNIOR, 2020, p.68). Nesse sistema processual o que se vê é o enfraquecimento dos direitos e garantias individuais, em prol do interesse coletivo. Nestor Távora aduz que “o discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu é mero figurante” (TÁVORA et al., 2022, p. 57). “Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, não sendo mais o juiz, por excelência o seu gestor” (LIMA, 2011, p. 6).

Para muitos, o sistema acusatório teve origem através da Constituição Federal em 1988, de forma implícita, e acabou tornando-se um divisor do sistema que imperava, o inquisitorial, durante o lapso

ditatorial, período do advento do Código de Processo Penal. Ao juiz eram atribuídas condutas não condizentes com a imparcialidade e a igualdade das partes (CNJ, 2020). Na definição de Aury Lopes Júnior, “a estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 44). Ainda, nessa síntese, discorre o seguinte:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz ‘apaixonado’ pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 74).

Luís Gustavo Carvalho, Desembargador aposentado, refere: “a propósito, a doutrina processual penal percebeu a íntima associação entre o sistema inquisitivo e o autoritarismo, de um lado, e o sistema acusatório e a democracia, de outro” (CARVALHO et al., 2020, p. 2-3).

“A Constituição Federal consagrou o sistema penal acusatório, que tem como características marcantes a separação entre as funções de acusação e de julgamento, bem como a observância das garantias processuais” (CNJ, 2020, p. 7). O juiz no sistema acusatório não pode agir de ofício na pretensão de buscar provas para a verificação da hipótese apresentada pelo Ministério Público na denúncia. No sistema inquisitorial, o juiz pode atuar conforme suas presunções, a favor da narrativa do réu, ou contra. O ponto mais crucial do sistema inquisitório para os professores Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini é no

sentido da “possibilidade da aquisição de prova *ex officio*, guiado pela visão que tem do fato (hipótese), o juiz poderia, (como gestor da prova), buscar o que demonstravam a ‘sua’ hipótese, orientando o resultado do processo” (JUNQUEIRA et al., 2021, p. 95). O sistema acusatório exala as garantias processuais, pois separa os momentos da acusação e do julgamento.

Conforme afirmado por Wendy (2022, p. 88), “por isso, como tem uma verdade obtida de maneira mais imparcial, o sistema acusatório seria melhor para buscar e proteger uma verdade processualmente válida e qualificada”. O artigo 3.º da Lei n.º 13.964/2019,<sup>2</sup> que alterou o Código de Processo Penal, deixou clara a observância do sistema acusatório no Processo Penal, não autorizando o juiz agir sem provocação e a substituição da atuação do Ministério Público.

O Código de Processo Penal de 1941 seguiu a linha do sistema inquisitório com inspiração fascista, possibilitando ao magistrado a gestão da prova no processo criminal, por exemplo. Essas nuances permaneceram mesmo na reforma do Código de Processo Penal em 2008. Muitos juristas proclamam que muitos dispositivos são inconstitucionais, isto é, paralelos ao modelo traçado pela Constituição Federal de 1998. Inclusive, a Constituição Federal no artigo 129, I, menciona que a competência da promoção da ação penal é privativa do Ministério Público (TÁVORA et al., 2022, p. 57). “Após o advento da Constituição Federal, não é mais concebível esse desequilíbrio investigatório e processual, que faz muitas vezes com que o juiz atue como parte ou sujeito processual” (WENDY, 2022, p. 56).

Salienta-se, portanto, que o sistema acusatório é originado pelo contraditório, no princípio da ampla defesa, da imparcialidade do juiz

---

<sup>2</sup> Artigo 3.º - A do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Juiz das Garantias” - O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

e nas demais regras do devido processo penal. Sara Ravena e Thiago Cardoso (2020, p. 42) afirmam que “[...] transcorre o solo fértil para resguardar direitos e princípios fundamentais, sinalizando consequências positivas na investigação como a expressa inadmissibilidade de atuações investigatórias do órgão julgador”. O estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>3</sup> contribui no seguinte sentido:

[...] o instituto juiz de garantias é um instituto chave para a percepção de que o processo penal moderno há de corresponder a exigências de uma prestação jurisdicional que seja, efetivamente, neutra e comprometida com o equilíbrio das partes ao longo de toda a relação processual (CNJ, 2020, p.10).

Como se observa, desde a promulgação da Constituição Federal, e a partir da publicação do pacote anticrime, o juiz não pode agir com a atuação probatória destinada ao *Parquet*, pois há separação entre as funções de julgar, acusar e investigar, tudo no escopo da preservação da máxima neutralidade e imparcialidade do juiz, visando à melhor prestação jurisdicional. Dessa maneira, há igualdade de armas e oportunidades, considerando a iniciativa probatória ser de ambas as partes (defesa e acusação). O sistema processual democrático intenciona para que não haja desvirtualidade dos sujeitos processuais.

Aury Lopes Júnior menciona que, “quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 48), bem como a Convenção de Direitos Humanos, em seu artigo 8.º, reforça tal tese, com a seguinte narrativa: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou

---

<sup>3</sup> O Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu um grupo de trabalho com o propósito de desenvolver estudos relativos aos efeitos e impactos da aplicação da Lei 13.694/2019 junto aos órgãos do Poder Judiciário ao qual foi publicado em junho de 2020.



tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei [...]”. Dessa maneira, a separação das atuações de julgar, acusar e defender produz/efetiva o princípio da imparcialidade, uma vez que a gestão da prova não está com o juiz, sendo ele apenas um espectador, e, assim, qualquer atuação de ofício na busca da prova já seria violar o sistema acusatório. O sistema acusatório é determinado pela clara distinção das funções a serem executadas, haja vista que há a designação de quem irá acusar, julgar e defender (CAPEZ, 2022), tendo por intuito o equacionamento dos papéis de cada ator processual, sendo esta uma das propostas do pacote anticrime. De outro lado, segundo Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, “fique bem claro: juiz com dúvida absolve, porque não é preciso dúvida qualificada, bastando dúvida razoável” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020, p. 166).

A necessidade de superação do modelo inquisitivo, uma vez que o legislador visou à harmonização do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, trouxe a ilação da preocupação com a imparcialidade do magistrado, trazendo então a figura do juiz das garantias com o objetivo de ser um órgão responsável por acompanhar as etapas da investigação até o recebimento da ação penal movida pelo órgão *parquet*. O escopo da criação do instituto é de distanciar o juiz responsável pelo julgamento da ação penal da fase anterior, ou seja, da investigação criminal, acreditando-se que gerará maior imparcialidade. Com a introdução do juiz de garantias, o responsável pela elaboração da sentença penal não terá mais emitido juízo de valor nas diligências que infringem em garantias fundamentais do acusado, muito menos sobre pedidos cautelares, ou seja, o mesmo não terá decidido a favor ou contra quem sentenciará na fase que antecede a instrução e julgamento.

Sara Ravena e Thiago Cardoso examinam (2020, p. 51) “que o sistema acusatório precisa ser legitimado pelo poder judiciário de forma a distanciar o órgão julgador da iniciativa probatória para que se afir-

me como poder da República”. Nesse sentido, aliás, o voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso na ADI n.º 5.104 MC:<sup>4</sup>

### III. UMA PREMISSE TEÓRICA: A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

**8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório - e não pelo sistema inquisitorial - criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I - que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública -, e também no inciso VIII, que prevê a competência do Parquet para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. **De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.** O ponto justifica um comentário adicional.**

**9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento.** Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar.

**10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do**

---

<sup>4</sup> ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/5/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

*Estado-juiz. Nesse contexto, cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento - quase sempre no sentido de um juízo condenatório. [...] (grifos nossos).*

De outro prisma, o juiz das garantias não será um juiz investigador. Considerando a vigência do sistema acusatório, não poderá adotar nenhuma medida voluntária para confirmar a hipótese ventilada pela acusação. Sua inércia deve ser total, ante o risco de quebra do sistema de imparcialidade. Jader Marques aduziu que “a nova lei cria uma sistemática, mas não altera e silencia em relação aos outros dispositivos conflitantes, deixando em aberto a pergunta sobre como deve agir os operadores de direito” (MARQUES, 2020, p. 504).

O artigo 3.º-C, § 3.º do Código de Processo Penal retrata que a investigação deverá ficar na secretaria do juízo, não sendo anexada aos autos do processo no qual ocorrerá a instrução e julgamento. Assim, a separação física do inquérito policial que terá a competência do juiz das garantias servirá para que o juiz do julgamento não tenha uma valoração negativa dos elementos colhidos a título de informação, sem as garantias do contraditório e ampla defesa, maximizando a imparcialidade e a presunção de inocência. Junqueira solidifica que o “acusado não mais carrega o peso das informações colhidas na fase preliminar, sendo ônus do órgão da acusação a produção de prova da culpabilidade perante o juiz da instrução” (JUNQUEIRA et al., 2021, p. 133).

A separação dos autos evitará o procedimento de “mera confirmação” dos depoimentos colhidos na fase policial, na instrução processual concernente à postura de mera repetidora do que ocorreu na investigação criminal. O inquérito policial servirá puramente para subsidiar o titular do Ministério Público para eventual propositura da ação penal. Dessa maneira, a fase judicial servirá para valorização apenas das

provas produzidas em contraditório judicial, com exceção às provas não repetidas, medidas de obtenção de provas ou antecipação de provas (JUNQUEIRA et al., 2021, p. 134).

Diante dessa exposição, percebesse que o juiz das garantias aparta o juiz inquisidor, vedando a atuação de ofício do juiz na fase de investigação, constituindo óbice ao magistrado decretar prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, se o Delegado ou Promotor não o requerer. Cabe ao magistrado manter-se como espectador no sistema acusatório, mas nada impede de o juiz complementar a inquirição já realizada pelas partes nos casos de fundada dúvida.

### **3 FUNDAMENTO DA IMPARCIALIDADE EM RELAÇÃO AO JUIZ DAS GARANTIAS**

O artigo 3-B do Código de Processo Penal<sup>5</sup> revela o Juiz das Garantias, inaugurando grande alteração na estrutura do processo penal, pois separa competências e atribuições entre juízes que desempenham suas funções na fase investigativa/preliminar e na fase processual/instrução. Nesse viés, o juiz das garantias atuará até o recebimento da denúncia, e após outro magistrado irá ser responsável. O intuito do legislador foi trazer dois juízes distintos para asseverar a imparcialidade. Com a divisão de competências entre o juiz das garantias (fase investigativa) e um juiz do processo de conhecimento (fase processual), o Código de Processo Penal implantou uma causa de impedimento: “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas

---

<sup>5</sup> Artigo 3.º- B do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Juiz das Garantias” – O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]”

competências do artigo 15 ficará impedido de funcionar no processo” (BRASIL, 2009).

Pensar sobre o fundamento da criação do instituto do juiz das garantias é refletir sobre muita coisa. Nesse diapasão, a perspectiva que pretende a implantação no Brasil do juiz das garantias é no sentido de aguçar a imparcialidade do Poder Judiciário. A partir da leitura do material elaborado pelo grupo de estudos do CNJ, que buscou subvencionar estudo maciço atingindo entonação “que o instituto promove a imparcialidade, não parte, em absoluto, da desconfiança pessoal ou da presunção de que há deliberada atuação parcial dos juízes que atuam na fase investigatória” (CNJ, 2020, p. 16), Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes Rosa preceituam que o “acusado adquiriu o direito subjetivo de ser julgado por um juiz não contaminado/poluído pelos atos praticados durante a investigação preliminar, sob pena de se dar ultratividade ao regime de julgamento incompatível com a cisão funcional” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020, p. 169).

A adoção visa ao fortalecimento do distanciamento entre o juiz responsável pela incumbência do julgamento de um processo penal das provas e informações reunidas na fase policial, que poderiam influenciar na convicção do magistrado, visto que durante o inquérito policial o acusado possui o contraditório extremamente limitado, restritíssimo. Sara Ravena e Thiago Cardoso discorrem (2020, p. 33) que o Estado-Juiz possui inúmeras garantias durante o seu percurso de agir. O indivíduo, quando busca o Judiciário, aguarda intrinsecamente que seu requerimento seja analisado por alguém que esteja livre de influência pelo julgador, a quem compete primar pelo interesse do lado da razão de acordo com o que a lei elenca, e coerentemente à luz da Constituição Federal, que vai além da letra fria da lei, devendo não ser mitigada.

No anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal tem-se dois fundamentos para a criação do instituto de juiz das garantias: a otimização e sistematização da atuação jurisdicional no sistema cri-

minal, no que alude à especialização e gerenciamento do processo, do mesmo modo que resguardar o afastamento do órgão judicial em relação aos elementos formadores de convicção apresentados na fase pré-processual (BRASIL, 2009). O Estado Democrático de Direito é elencado pela Constituição Federal, ao que estabelece as garantias de direitos fundamentais, devendo, portanto, o juiz das garantias proteger direitos humanos e bens jurídicos essenciais. Assim, um sujeito garantidor que irá demandar no processo até o recebimento da denúncia.

Com o reconhecimento dos direitos humanos, após o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos, foi potencializada a noção de devido processo e a exigência de efetivação do direito de ser julgado por um juiz imparcial (MAYA, 2020, p. 80). O juízo das garantias será responsável, na visão de Sara Ravena e Thiago Cardoso (2020, p. 38), pela tutela de inviolabilidades pessoais, especificamente interesses individuais dos investigados, e ainda pela imunização do juiz principal com os elementos de convicção. A reforma ampliou as garantias de o indivíduo ser julgado por alguém imparcial (objetiva, subjetiva e cognitivamente) (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020, p. 171). Nesse sentido, André Machado Maya (2020, p. 29) esclarece que:

Como consequência da atribuição exclusiva do poder jurisdicional em matéria penal ao Estado, enfim, surgiram garantias hoje estruturantes da ideia de devido processo legal, tais como a do juiz natural, independente e imparcial. Imparcialidade, independência e o juízo pré-determinado por lei são garantias estreitamente relacionadas com a legitimidade do exercício do poder jurisdicional e, pois, da concretização do poder punitivo propriamente dito. É nesse sentido que a garantia da imparcialidade representa um dos alicerces da cláusula do devido processo penal.

Adiante, na visão de André Maya, a imparcialidade é uma garantia constitucional do indivíduo e sem um juiz indiferente às partes o sis-

tema desmorona, não há uma atuação legítima, sendo necessário para o aprimoramento do processo penal e ao Estado de Direito. (MAYA, 2020, p. 3). A imparcialidade engloba o aspecto da convicção de um juiz em um caso determinado, no sentido da falta de impedimento, incompatibilidade e suspeição, e também possui apresentação objetiva, que oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a respeito (JUNQUEIRA et al., 2021, p. 23, 24 e 25). “A ausência de imparcialidade objetiva pode ser identificada na inobservância dos deveres de igualdade de tratamento das partes e de urbanidade no trato com os sujeitos processuais” (JUNQUEIRA et al., 2021, p. 25). Rogério Romano retrata que a parcialidade objetiva surge “mediante um forte prejulgamento que se faz o juiz, em cognição, para adoção de medida cautelar na investigação: prisão cautelar, busca e apreensão, por exemplo. Essa cognição será horizontal, sobre questões, ou ainda vertical, sobre o fundo do direito” (ROMANO, 2020, p. 3).

Fábio Sbardello relata que preconizar que sem a criação da figura do juiz das garantias há comprometimento da imparcialidade judicial é a presunção de suspeição, promovendo um modelo processual que objetiva afastar o juiz de direito, “o ator que de antemão é dotado de jurisdição e imparcialidade objetiva para toda intervenção processual na sua carreira” (SBARDELLOTTO, 2022, p.12). “Se para o réu temos como norte sagrado a presunção de inocência (ou não culpabilidade), porque para o juiz de direito deveremos presumir sua suspeição (uma espécie de culpabilidade judicial)” (SBARDELLOTTO, 2022, p.12).

De outro norte, atualmente o magistrado encarregado da análise de requerimentos durante o lapso da persecução criminal exige comprometimento do exame de requisitos tipificados em lei, o que poderia convencer, desde esse momento processual, quanto a premissa insurgida no inquérito policial. A decisão de deferimento de medidas cautelares poderia provocar no julgador um raciocínio de culpabilidade, visto que a aceitação do pedido do Ministério Público ou do Delegado

de Polícia necessita da existência de fundadas razões de autoria e materialidade, ainda que indiciária. Sobre o aludido, Maya discorre:

Do *fumus comissi delicti*, ademais, decorre a necessidade de que o juiz verifique, sempre que instado a decidir sobre a prisão cautelar do acusado, a possibilidade de ter ele agido sob amparo de alguma das causas excludentes de ilicitude, o que, caso confirmado, afastaria a probabilidade de existência de crime, compreendido esse como o fato típico, antijurídico e culpável. Daí a norma do artigo 314 do Código de Processo Penal, por vezes esquecida, a qual veda expressamente a decretação de prisão preventiva nos casos em que identificado ter o agente praticado o fato em estado de necessidade, legítima defesa, escrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito. Também esse exame, exigido pela própria lei processual, está a indicar a necessidade de que o juiz analise detidamente os autos a fim de afastar a possível ocorrência de uma causa extintiva da ilicitude, e, somado a isso, se convencer da necessidade da restrição da liberdade do agente, em um juízo inegavelmente muito próximo daquele que se exige por ocasião da decisão de mérito, conquanto provisório (MAYA, 2020, p. 33).

Mais adiante, não são somente as medidas cautelares que exigem um contato do juiz com a prova revelada, mas também, por exemplo, o deferimento de quebra de sigilo, seja telefônico, bancário ou fiscal, pois prescinde de prova da necessidade ante a garantia constitucional da proteção ao direito à intimidade. A providência de o juiz autorizar uma medida tão drástica deve ser indispensável e necessária, assim são essenciais indícios de autoria, imprescindibilidade da medida, o fato investigado ser crime punido com reclusão. Diante do exposto, o magistrado responsável pela decisão precisa obter convencimento da necessidade da medida, juízo conclusivo semelhante ao efetuado no momento processual de sentença (MAYA, 2020).



Edilson Vitorelli realizou pesquisa no sentido de verificar a seguinte premissa: “o juiz que defere a produção de provas, durante o inquérito policial, estaria inconscientemente condicionado a confirmá-las, no futuro, quando conduzisse o processo?” (VITORELLI, 2021, p. 8). Em análise, buscou, à luz da psicologia comportamental aplicada ao direito, verificar se “mesmo que sem má intenção, o juiz teria uma tendência inconsciente a ignorar as provas produzidas em contraditório ou a supervalorizar aquelas que confirmam as suas concepções originais e ignorar as que as refutam” (VITORELLI, 2021, p. 8). No entanto, depois de árdua pesquisa em estudos, não encontrou fundamentos jurídico-comparativos para assentar que a introdução do Juiz das Garantias incrementaria a imparcialidade embora entendesse que as emoções exercem papel no ato da motivação das decisões judiciais, o que por vezes gera resultados não compatíveis com a análise pura do direito. Buscar uma aproximação entre o processo penal e a psicologia social, no que concerne ao aprimoramento da imparcialidade do magistrado, é utopia.

Por sua vez, a teoria da dissonância cognitiva trata da cognição e do comportamento humano. Em apertada síntese, vem da premissa de que o ser humano tende a buscar um estado de consonância entre suas crenças, opiniões, e desenvolve-se no sentido de que é um processo involuntário, inevitável (RITTER et al., 2016, p. 66).

Schünemann elucidada: “trata-se de pesquisa de campo, cujos resultados confirmam a vinculação psicológica do juiz ao inquérito e à apreciação fática do conjunto probatório feita pelo Ministério Público no âmbito do Processo Penal alemão” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 30 a 50). Nestor Távora retrata que “o juiz é um ser humano e, dessa maneira, devemos considerar que ele se modifica por meio do seu contato com elementos empíricos que descrevem fatos como provas” (TÁVORA, 2022, p. 198). Dessa maneira, após ampliada pesquisa com 58 juízes e promotores criminais da Alemanha, Schünemann arremata que foi comum a ocorrência de condenações quando do conhecimento prévio

por parte do juiz dos autos da investigação preliminar – a investigação preliminar era produzida pela ótica condenatória da polícia (SCHÜNEMANN, 2012).

Outra questão importante de revelar é que, no curso da investigação criminal, há uma precariedade de elementos que contrariam os da investigação, no que concerne ao contraditório e ampla defesa, ocorrendo que na fase de instrução o julgador procure confirmar a hipótese da fase investigatória e a defesa na produção de provas a favor do acusado. Outrossim, na sua exposição dos resultados, o jurista alemão segue a condenar a influência que ocupa o inquérito policial no órgão julgador, sobretudo na fase instrutória, conforme segue:

O inquérito tem sido alvo de muitas críticas em razão de ser formado apenas do ponto de vista da perspectiva policial [...]. Não é por outro motivo que, de certo modo, na audiência de instrução de julgamento, o princípio do *in dubio pro reo de facto* fica [apenas] na cabeça do defensor, já que ele precisa provar a inconsistência da acusação, caso queira obter uma sentença absolutória. [...] (SCHÜNEMANN, 2012, p. 30-50).

Há muitos doutrinadores que entendem e apoiam a reforma do Código de Processo Penal, nesse aspecto, pois entendem que o inquérito por ser tendencialmente incriminador, acarreta a conclusão que o juiz irá condenar o acusado, pois já autorizou medidas no inquérito policial, eis que entendeu presentes indícios de autoria e materialidade delitiva. Assim, o juiz, por ser um ser humano, teria a “tendência” de decidir próximo ao que já decidiu na persecução penal. Por fim, segundo Nestor Távora (2022, p. 199), “o juiz de garantias, nessa toada, não pode julgar o mérito da causa, porque afetada sua imparcialidade, eis que tomou, previamente, conhecimento dos fatos, restou, dessarte, prejudicada a sua atividade cognoscitiva”.

## 4 SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO INSTITUTO

Rodrigo Guimarães aduz que o “fundamento teórico da criação do juiz das garantias é evitar a contaminação psicológica que a análise dos requisitos de medidas cautelares na fase de investigação possa ter sobre o juiz de julgamento” (GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, p. 161). Aury Lopes Júnior suscita que “a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal. Esse é o lugar do juiz das garantias nos termos do artigo 3-C do Código de Processo Penal” (2020, p. 141). O juiz das garantias é uma revolução reformista, e, segundo Thiago Allison Cardoso de Jesus, se assenta enquanto uma divisão. “De um lado, a clara intenção de contribuição para o sistema jurídico, de outro, o receio com possíveis impropriedades, operacionalização e custos para a sua implementação na realidade prática” (JESUS et al., 2020, p. 62).

De outro norte, tão logo ocorreu a promulgação do instituto do juiz das garantias, ocorreu a distribuição de várias ações declaratórias de inconstitucionalidade. A Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) sustentou o entendimento de que o instituto deve prevalecer apenas diante das novas ações, não podendo ser empregado às ações penais que já estão em andamento, bem como às medidas cautelares que já foram objeto de análise pelo magistrado, enquanto a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) acentuou a necessidade de alicerçar regras de transição. Também alegaram que o Poder Judiciário Brasileiro não possui estrutura suficiente para a implementação e funcionamento regular em um prazo tão curto (CNJ, 2020, p. 32).

Maya (MAYA, 2020, p. 126) expõe em seu livro que:

O artigo 20 da Lei 13.964/19 dispõe que a mesma passa a vigorar trinta dias após a sua publicação. A lei foi publicada no dia 24.12.2019. Não há regra específica para o juiz de garantias. Assim, sua vigência segue a regra geral dos trinta dias. O prazo é inequivocamente exíguo para a implementação de uma figu-

ra processual que altera substancialmente a estrutura do processo penal brasileiro. Em razão disso, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, concedeu parcialmente a medida cautelar nas ADIs 6298, 6299 e 6300, ao efeito de suspender a eficácia dos dispositivos que regulam o juiz de garantias pelo prazo de 180 dias, para sua efetiva implantação pelo Poder Judiciário. Posteriormente, porém, a decisão foi reformada pelo Ministro Relator, Luiz Fux, que suspendeu por tempo indeterminado os dispositivos que tratam da implantação do juiz de garantias.

Veja-se que o prazo concedido para a implantação do juiz de garantias era irrisório. Não foi inserido no Brasil prazo adequado tampouco condições para a implementação das transformações desse novo modelo processual. Nos demais países a transição do instituto ocorreu de forma gradual e negociada, o que colaborou para a ruptura da mentalidade inquisitória (CARVALHO et al., 2020). Nesse contexto, há grande complexidade em referidas mudanças na estrutura do sistema de processo penal em todo o país, visto que não foram estabelecidas regras de transição, o que gera insegurança jurídica, e, por isso, justifica a suspensão do instituto.

Outrossim, o principal argumento contrário ao juiz das garantias é o déficit estrutural do poder judiciário brasileiro. É comum a alegação de que na maioria das comarcas há apenas um juiz, o que inviabilizaria o instituto. “A análise do relatório do CNJ permite concluir que quase um terço das Comarcas e seções judiciárias possuem mais de uma unidade jurisdicional com competência criminal” (CNJ, 2020, p. 27). De fato, há objeção na implantação do novo sistema processual, visto que em muitas Comarcas há apenas um magistrado, o que deverá ser contornado através de recursos tecnológicos e pelo regramento de rodízios (MAYA, 2020, p. 12). “Tal cenário deve ser cotejado, ainda, com o avanço do processo eletrônico, que contribui para simplificar

a implantação do “juiz das garantias”, contexto potencializado em face da pandemia” (CNJ, 2020, p. 27).

No estudo apresentado pelo CNJ todos os órgãos levaram opinião na direção da adoção de rodízio de juízes, porém com especificações diversificadas: apenas entre juízes com competência criminal, entre titular e substituto, entre magistrados de comarcas distintas (CNJ, 2020, p. 31). Rodrigo Guimarães preceitua que o sistema de rodízio talvez não seja necessário, caso o Tribunal implemente o inquérito policial eletrônico, pois não precisará ocorrer deslocamentos dos atores processuais, e, assim, um juiz de outra Comarca poderá trabalhar remotamente (GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, p. 164). Por conseguinte, o jurista reflete “interessante, então, é considerar que a adoção do inquérito policial eletrônico torna obsoleta a discussão quanto à constitucionalidade, ou não, do parágrafo único do artigo 3.º-D, do Código de Processo Penal” (GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, p. 164).

O Ministro Luiz Fux, na ADI n.º 6.299, relator das ações perante o Supremo Tribunal Federal, sinalizou que a inconstitucionalidade decorre *da* “ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade”, e também afronta ao Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n.º 95/2016 (STF, ADI 6.299 MC/DF, 15/1/2020).<sup>6</sup>

Rodrigo Guimarães refuta a discussão em torno do orçamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, pois, além de a implantação do inquérito policial eletrônico ser uma questão que envolve o orçamento do Poder Executivo, já que as polícias civis são a ele subordinadas, não se trataria mais da contratação de novos juízes, promotores e defensores públicos, pois todos podem atuar à distância. Até mesmo o custo, em comparação às duas possíveis soluções

---

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1105432667/inteiro-teor-1105432849>. Acesso em: 29 nov. 2022.

– manter o que propõe o parágrafo único do artigo 3.º-D ou adotar o inquérito policial eletrônico –, pende em favor da solução tecnológica (GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, p. 165). “Outrossim, causa espécie a ponderação entre uma garantia fundamental estruturante do devido processo legal – imparcialidade – e regras que estabelecem limites orçamentários”. (MAYA, 2020, p. 80).

Rodrigo e Sara acreditam que a efetivação do juiz das garantias não depende somente da implantação do inquérito policial eletrônico, mas é certo que ele atenua as críticas aos custos de contratação de novos magistrados, promotores, delegados e defensores públicos, afastando, em igual proporção, os gastos com diárias nos deslocamentos físicos desses atores processuais (GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, p. 170).

Sbardelotto (2022) assevera como crítica ao instituto e a sua inconstitucionalidade a questão da atribuição ao juiz das garantias da determinação de recebimento da denúncia ou queixa. Entende, como ponto nevrálgico, a redação do 3-B, visto que não se encontra fresta ao juiz das garantias para exercer o recebimento da denúncia, uma vez que a expressão “controle da legalidade da investigação criminal” não pode ser compreendida nessa extensão e não se limita ao âmbito investigatório, tampouco pela salvaguarda dos direitos individuais.

Outrossim, importante mencionar que todas as decisões efetuadas pelo juiz garantidor não vinculam o juiz da instrução processual, mormente porque a legislação impõe ao juiz do processo o reexame da necessidade das medidas cautelares no prazo de 10 dias, consoante dispositivo legal esculpido no artigo 3-B, § 2.º do Código de Processo Penal.

“[...] Cremos que ainda há reformas a fazer no Código de Processo Penal e, também há necessidade de se aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito” (NUCCI, 2021, p. 44). “A luta cotidiana por um Processo Penal democrático exige a manutenção do texto da Lei 13.964/2019, porque se constitui como o maior sintoma do forte movimento reformista levado a efeito nas últimas décadas, a fim de livrar do seu ranço autoritário e inquisitório” (LOPES JÚNIOR;

ROSA, 2020, p. 176). É assertivo elencar que mudanças legislativas ficam subordinadas a mudanças práticas, condicionadas à inserção de abertura das instituições ao novo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da pesquisa havia o questionamento se com a adoção do juiz das garantias haveria realmente o afastamento prático do sistema inquisitório e se realmente figuraria uma maximização do princípio da imparcialidade, reforçando as garantias fundamentais do acusado. Nesse prisma, veio a indagação da pesquisa se o juiz de garantias traria um aperfeiçoamento na dinâmica do processo penal. Assim, foi empregado como objetivo principal estudar o instituto com vistas a analisar a influência direta para o sistema persecutório nacional e os efeitos sobre a implantação. A fim de responder o problema de pesquisa foi essencial analisar o sistema inquisitório e acusatório, os fundamentos da imparcialidade, e, por fim, pesquisar sobre as críticas e formas de implantação do juiz das garantias no Brasil.

Ao término da pesquisa, e com o objetivo alcançado, percebeu-se que a reforma busca promover um sistema processual em que o magistrado que vai sentenciar o acusado possa com mais rigor ser imparcial. Nesse deslinde, o magistrado não pode desvirtuar-se da função de ser julgador somente, devendo o conflito ser conduzido pelas partes processuais, o Ministério Público e a Defesa. Portanto, o juiz-julgador não assume qualquer função investigativa, incluindo não agir de ofício, somente com a provocação das partes, e, dessa forma, realçando a imparcialidade no âmbito da jurisdição.

Coerente com a Constituição Federal, apresenta coerência com a reforma do Código de Processo Penal com a introdução do juiz das garantias, o qual deixou mais claro o sistema acusatório no processo criminal brasileiro. O juiz das garantias confere maior lisura ao processo penal e também legitimidade ao órgão jurisdicional.

O juízo das garantias analisará os requerimentos urgentes que infringem as garantias do suspeito, como decidir sobre medidas cautelares, porém não haverá por parte do magistrado impulsionamento da investigação. O juiz das garantias é o juiz da salvaguarda e a existencialidade recai na manutenção da legalidade da investigação, essencial para o aprimoramento da própria instituição.

Assim, dessa maneira, o processo penal terá estrutura de sistema acusatório, implicando o afastamento do juiz da gestão de provas, com o escopo de preservar o princípio da imparcialidade, não atuando de ofício. Não cabe ao magistrado ter interesse na causa, devendo estar ao máximo equidistante daqueles atores processuais. Verificou-se que os dispositivos que normatizam o instituto em geral aperfeiçoam o sistema processual brasileiro, e a sua implementação atenua a persecução penal, aproximando-se de um processo penal mais democrático, alinhando-se à Constituição Federal, a qual marca os direitos e garantias fundamentais a todos.

Restou eloquente o afastamento dos juízes dos elementos de convicção produzidos ao longo da investigação criminal, elencando razoabilidade no que concerne ao resguardo da imparcialidade necessária no cotejo de outras questões tão somente julgadas/apreciadas no crivo da ampla defesa e do contraditório; contudo, o instituto apresenta dispositivos de constitucionalidade duvidosa, o que não impede a necessária modificação dos padrões atuais de atuação do juiz.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.



CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 168, p. 93-123, jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

COELHO, Sara Ravena Camelo Coelho; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. **O juízo das garantias e o processamento criminal no contexto brasileiro pós 1988**. Curitiba: CRV, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Brasília: CNJ, 2020.

GUIMARÃES, Rodrigo R.C.; RIBEIRO, Sarah G. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. **Lei Anticrime Comentada - Artigo por Artigo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. volume 1. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. RITTER, Ruiz. **Revista Duc In Altum Cader-nos de Direito**, vol. 8, nº16, set.-dez. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, arti-

go 3º-A, lei 13.964) e a resistência acusatória. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 163-178, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/30>. Acesso em: 26 nov. 2022.

MARQUES, Jader. Por um juiz de garantias. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 502-515, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/47>. Acesso em: 26 nov. 2022.

MAYA, André Machado. **Juiz de Garantias. Fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual, de 3 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=AixRs5bbgtw%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. Alguns aspectos do juiz de garantias na Lei n.º 13.964 e as dificuldades quanto a sua implementação. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 120, p. 60-69, fev./mar. 2020.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **O juiz das garantias à luz do direito fundamental ao procedimentalismo instrumental e sua (in)adequação às garantias constitucionais**. Ministério Público, Estado de Direito, Justiça e Sociedade Contemporânea. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2022.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, n. 11, 2012.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17. ed. reestrut, revis. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. **Imparcialidade judicial e psicologia comportamental**: há fundamento científico para um juiz de garantias? Disponível em: <https://edilsonvitorelli.academia.edu/research>.

WEDY, Miguel Tedesco. **Sistema acusatório e juiz das garantias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

# **A identificação genética como prova no Processo Penal: os limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação**

*Leandro Reis de Souza<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O artigo trata da possibilidade de a identificação criminal genética do acusado, diante dos limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação, ser utilizada como prova lícita no processo penal. Nesse contexto, verificaram-se as seguintes hipóteses para obtenção do perfil genético do acusado e sua posterior comparação com os materiais genéticos encontrados nos locais de crime: a coleta não autorizada do perfil genético do acusado, a coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados pelo acusado nos atos de polícia judiciária e a utilização dos perfis genéticos armazenados no banco de dados genético – CODIS. Examinou-se o instituto da prova no processo penal, discorrendo sobre a verdade processual, a carga probatória e a lei de identificação criminal. Os limites à liberdade probatória foram contextualizados através dos conceitos doutrinários sobre a incidência da garantia contra a autoincriminação e a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. O método da pesquisa utilizado foi o

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FPM), pós-graduado e graduado em Direito pela FPM e bacharel em Comunicação Social – ênfase em Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal”, vinculado ao núcleo de mestrado da FPM. Comissário de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4783001503926167>. E-mail: [souza\\_rp@yahoo.com.br](mailto:souza_rp@yahoo.com.br).

lógico-dedutivo. Ao fim, foi demonstrado que as hipóteses, desde que atendidos os requisitos legais, configuram uma prova lícita.

**Palavras-chave:** Banco de dados genético. Identificação criminal genética. Garantia contra autoincriminação. Princípio da proporcionalidade. Prova no processo penal.

## 1 INTRODUÇÃO

A reconstrução dos fatos investigados ocorre, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal, através da materialização da prova. O direito dispõe de diversos meios de prova para chegar à verdade processual, dentre eles a prova documental, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas ou coisas e, em especial, a prova pericial.

O convencimento do juiz é baseado na verdade do processo, que, por sua vez, devido ao processo ser um instrumento falível, pode não corresponder à verdade dos fatos. Por essa razão, a produção de provas não está restrita à acusação. A defesa tem grande interesse em comprovar suas teses defensivas, não devendo ficar inerte, baseada unicamente no princípio da presunção da inocência.

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei n.º 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal. A individualização da conduta certa e determinada da infração penal evita o erro judiciário. Em outras palavras, impede que o inocente reste processado, condenado e punido no lugar do culpado.

A admissão e a produção dos meios de provas possuem limites legais impostos pelo ordenamento jurídico que vedam a busca ilimitada da verdade, entre eles a proibição da utilização de provas produzidas com violação à garantia contra a autoincriminação. Tal garantia, que abrange todos os atos processuais, atua na tutela da integridade física

do réu, servindo de obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional da verdade processual.

A persecução penal, por outro lado, não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado da garantia contra a autoincriminação. Isso não resulta na colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate à criminalidade, mas a possibilidade dessa garantia *prima facie*, através do princípio da proporcionalidade, ser afetada no caso concreto.

Nesse contexto, será abordada a possibilidade de a identificação criminal genética do acusado, diante dos limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação, ser utilizada como prova lícita no processo penal. Para tanto, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando o método lógico-dedutivo, serão verificadas: a coleta não autorizada do perfil genético do acusado, a coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados pelo acusado nos atos de polícia judiciária e a utilização dos perfis genéticos armazenados no banco de dados genético – CODIS.

## **2 A PROVA NO PROCESSO PENAL**

A verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independentemente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionada ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz (PACELLI, 2014, p. 334). A busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal (BADARÓ, 2017, p. 389).

A construção da verdade processual, após transitar em julgado a decisão final, produz a certeza jurídica, que poderá, ou não, corresponder à verdade dos fatos, mas irá estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, incidindo, assim, todas as consequências legais e

constitucionais (PACELLI, 2014, p. 328). A decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Com efeito, a prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume a função de um instrumento para fundamentar a escolha pela versão dos fatos que possa se definir como verdadeira (BADARÓ, 2003, p. 161-162).

A produção de provas não está restrita à acusação, a defesa também tem interesse em comprovar suas teses, apontando falhas do órgão acusatório, desfazendo provas contrárias ao interesse defensivo, levantando contradições em depoimentos, perícias e acareações, apresentando documentos e valendo-se de todos os meios lícitos para a demonstração cabal da sua inocência. A carência de provas para sustentar a tese acusatória, por outro lado, pode resultar numa decisão favorável ao réu, baseada no princípio da presunção de inocência (NUCCI, 2015, n.p.).

Contudo, ao não provar nenhuma das suas teses defensivas, como, por exemplo, a de estar em lugar diverso no momento do crime, permitirá à acusação avançar na demonstração da tese acusatória. A defesa, ao perder uma chance probatória, alicerçada no exercício do direito de silêncio, não terá um prejuízo processual; entretanto, assumirá o risco de uma sentença desfavorável (NUCCI, 2015, n.p.).

### **3 A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA GENÉTICA NA CONSTITUIÇÃO DA PROVA**

A perícia genética não configura a materialidade do delito, constitui, na verdade, uma porção do tipo penal, esclarecendo aspectos re-

lacionados à sua autoria. As provas periciais, inclusive as provas genéticas, serão sempre provas relativas, não existindo valor decisivo ou necessariamente de maior prestígio que as outras. Caso contrário, o juiz poderia ser substituído pelo perito, transformando o julgador num mero homologador de laudos e perícias (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Nos últimos anos ocorreu grande avanço nas técnicas para mapear e sequenciar o genoma humano, possibilitando, assim, a tipagem do DNA e a consequente identificação de pessoas (MEDEIROS, 2009, p. 7). O desenvolvimento das tecnologias sobre o genoma humano, no âmbito do processo penal, apresenta resultados positivos quanto à identificação de vítimas e de autorias delitivas. A integração dos conhecimentos disponibiliza formas de produção probatória essenciais para que o grau de certeza da decisão criminal resulte na redução do erro judicial (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, n.p.).

### 3.1 A identificação criminal por perfil genético

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5.º,<sup>2</sup> inseriu como direito individual a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 1988). A Lei n.º 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3.º<sup>3</sup> as hipóteses de identi-

---

<sup>2</sup> Art. 5º. LVIII. o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 1988).

<sup>3</sup> Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; **IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (grifo nosso)**; V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado (BRASIL, 2009, grifo nosso).



ficação criminal da pessoa civilmente identificada, que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico, conforme dispõe o artigo 5.º do referido diploma legal<sup>4</sup> (BRASIL, 2009).

A Lei n.º 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal (BRASIL, 2012). Na hipótese de a identificação criminal ser essencial às investigações policiais, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer também a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5.º da Lei n.º 12.037/09<sup>5</sup> (BRASIL, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrada, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios, diferentemente dos condenados, pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A Lei n.º 7.210/84, que dispõe sobre a Lei de Execução Penal, traz no seu artigo 9.º-A<sup>6</sup> a extração de DNA de forma obrigatória para identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no es-

---

<sup>4</sup> Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação (BRASIL, 2009).

<sup>5</sup> Art. 5º Parágrafo Único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012) (BRASIL, 2009).

<sup>6</sup> Art. 9º-A O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019) (BRASIL, 1984).

tabelecimento prisional (BRASIL, 1984). Nessas hipóteses, não se faz necessário autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Desse modo, a coleta de perfil genético possui duas finalidades: uma probatória, destinada a servir de prova num caso concreto; e outra de obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9.º-A da Lei de Execução Penal, destinada a alimentar o banco de dados de perfis genéticos (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

### **3.2 O DNA no Processo Penal**

O código genético de uma pessoa permite extrair com precisão sua identificação, uma vez que, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos, cada indivíduo é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA, apesar de ser um vestígio biológico, é considerado pelos peritos forenses um dos exames periciais mais seguros e completos. Dentre algumas características importantes de serem destacadas, está o fato de o DNA manter-se em perfeitas condições mesmo sob efeito do calor de até 100° C (MEDEIROS, 2009, p. 74). O DNA não é tão deteriorável como as marcas deixadas pelas digitais, que podem ser parciais ou não identificáveis, sendo objeto de análise até mesmo o corpo carbonizado ou mumificado (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA mitocondrial, que também pode ser utilizado para a identificação de uma pessoa, é útil somente para comparações em linha de ascendência materna (RUIZ, 2016, n.p.). É certo, também, que o DNA mitocondrial, apesar de estar sujeito, assim como os demais, à ação das enzimas, bactérias e fungos, é mais seguro e completo em caso de identificação por amostras degradadas (MEDEIROS, 2009, p. 75).

A grande dificuldade encontrada na análise de vestígios biológicos é a contaminação por mistura biológica de outras pessoas. A coleta de DNA deve ser realizada pelo menor número de pessoas, sendo necessário, dentre outros procedimentos, a utilização de um par de luvas para cada vestígio, o acondicionamento individual e em recipientes adequados, a redução do contato direto com as evidências e a não utilização de formol, fixador, reagente químico ou reveladores nocivos àquela substância armazenada (MEDEIROS, 2009, p. 76).

Outro aspecto refere-se à forma de coleta do DNA, que pode ser realizada de maneira invasiva, como, por exemplo, os exames de sangue e ginecológico; ou não invasiva, através dos fios de cabelo. A obtenção do DNA por meio da saliva pode ser considerada invasiva, como a coleta de células bucais por *swabs* orais; ou não invasiva, por materiais dispensados pelo acusado, como, por exemplo, chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerante, que ao serem utilizados deixem resquícios de material genético (QUEIJO, 2012, p. 294-296).

A extração de material genético deverá ocorrer sempre de maneira adequada e indolor. O legislador, contudo, não estabeleceu a forma e o procedimento para extração de material biológico diante da possibilidade de o acusado não consentir com a coleta obrigatória; tampouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético (GUEDES; FELIX, 2014, p. 165-166).

### **3.3 O banco de dados genético – CODIS**

O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), instituído pelo Decreto n.º 7.950/13, tem por objetivo armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar as investigações criminais. O Decreto prevê a possibilidade de utilização do banco de dados para identificação de pessoas desaparecidas, conforme estabelece o parágrafo único

do artigo 8.º,<sup>7</sup> sendo vedado o uso dos perfis genéticos doados pelos parentes consanguíneos das pessoas desaparecidas para outra finalidade (BRASIL, 2013).

No ano de 2009, através de um termo de compromisso, o Federal Bureau of Investigation (FBI) disponibilizou para o Brasil o software *Combined ADN Index System* – CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos, desenvolvido pelo FBI em parceria com quatorze laboratórios especialistas em questões forenses (CORAZZA; CARVALHO, 2014, p. 425). Os perfis genéticos armazenados no banco de dados, em atenção ao §1.º artigo 5.º-A da Lei n.º 12.037/09,<sup>8</sup> revelam somente a determinação de gênero dos periciados, sendo vedada a identificação dos traços somáticos ou comportamentais, assegurando o direito à intimidade (RUIZ, 2016, n.p.).

Os perfis genéticos inseridos no banco nacional são aqueles coletados das pessoas civilmente identificadas, quando essenciais às investigações, e dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável. As autoridades policiais, mediante autorização judicial, com objetivo de instruir determinada investigação criminal, podem acessar o banco nacional de perfis genéticos para comparar os perfis ali cadastrados com os materiais genéticos encontrados no decorrer da investigação policial (GUEDES; FELIX, 2014, p. 161).

A exclusão dos perfis genéticos do banco de dados ocorrerá, conforme dispõe o artigo 7.º-A da Lei n.º 12.037/09,<sup>9</sup> quando o réu for

---

<sup>7</sup> Art. 8.º. Parágrafo único. A comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades (BRASIL, 2013).

<sup>8</sup> Art. 5.º-A. §1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012) (BRASIL, 2009).

<sup>9</sup> Art. 7.º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei n.º 13.964, de 2019) (BRASIL, 2009).

absolvido, ou, em caso de condenação, mediante requerimento, decorridos vinte anos do cumprimento da pena (BRASIL, 2009). O banco de dados dos perfis genéticos, controlado de forma segura e restrita, de acordo com a legislação, auxilia na constituição da prova de casos considerados complexos, evitando, assim, o erro judicial, um dos principais problemas no processo penal (GUEDES; FELIX, 2014, p. 164).

#### **4 A GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO**

As garantias constitucionais devem preservar e tutelar, mediante atuação judicial, os direitos fundamentais estabelecidos por nosso ordenamento jurídico. Dentre as garantias reconhecidas pelo Direito Processual Penal, baseada no direito ao silêncio, e fortalecida pelos princípios do devido processo legal, da inocência e da ampla defesa, encontra-se a garantia contra a autoincriminação (TUCCI, 2009, p. 50-51).

A garantia contra a autoincriminação, amparada no inciso LXIII do artigo 5.º da Constituição Federal<sup>10</sup> (BRASIL, 1988) e na letra g do §2.º do artigo 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,<sup>11</sup> conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969), atua como obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, permitindo que o acusado não participe da formação da culpa. A garantia contra autoincriminação abrange todos os atos processuais que necessitam da colaboração do acusado para a sua efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e privacidade (PACELLI, 2014, p. 389-390).

---

<sup>10</sup> Art. 5º. LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> Artigo 8º. Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (COSTA RICA, 1969).

Algumas matérias relevantes do processo penal são impactadas de forma significativa pela garantia da não autoincriminação: o interrogatório, o etilômetro, o exame grafotécnico e, em especial, as intervenções corporais. A produção de prova no processo penal acarreta o conflito de pelo menos dois valores: o poder de punir do Estado e o direito de defesa do acusado. O problema ocorre quando o órgão acusador ingressa na esfera de privacidade e dignidade da pessoa, ou quando se faz necessária sua participação na constituição da prova (MALAQUIAS, 2014, p. 164-172).

Isso porque a garantia contra a autoincriminação objetiva proteger a pessoa contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, impedindo violências físicas e morais que visam à colaboração do acusado na investigação criminal (QUEIJO, 2012, p. 77). A participação do acusado na produção da prova é possível somente em casos excepcionais, com expressa previsão legal e quando inexistir risco de afetação dos direitos fundamentais da pessoa (MALAQUIAS, 2014, p. 164-172).

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não é absoluta, devendo qualquer restrição estar prevista em lei, sem eliminar ou afetar o conteúdo essencial do direito restringido. A Lei n.º 12.654/12, que alterou as leis de identificação criminal e de execução penal, resultou numa restrição à garantia contra a autoincriminação. Agora, havendo necessidade para a investigação e autorização judicial, pode ser feita a extração compulsória de material genético do acusado para comprovação da autoria do crime (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A persecução penal não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado de direitos fundamentais, inclusive da garantia contra a autoincriminação. Isso não significa a colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate à criminalidade (QUEIJO, 2012, p. 26). O que se objetiva com a coleta do perfil genético é identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a

processo. Não se trata de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa (NUCCI, 2013, p. 412-416).

## 5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O modelo jurídico do Estado Democrático de Direito é composto por regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos que devem ser cumpridos exatamente conforme determinado, aplicadas através da subsunção; enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados numa medida tão alta quanto possível, admitindo cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29-31).

Os princípios e garantias previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos princípios constitucionais deve ser submetido, no caso concreto, ao teste da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes (BADARÓ, 2017, p. 91).

A solução da colisão de princípios se dá através da ponderação, que se encontra dentro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>12</sup> Este subprincípio ou princípio parcial é responsável por formular a lei da ponderação material: quanto maior o grau de intensidade da intervenção de um princípio  $P_i$ , maior deve ser o

---

<sup>12</sup> A doutrina majoritária entende que o princípio da proporcionalidade é composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Entende-se por juízo de adequação a verificação da relação do meio empregado na realização do interesse que merece maior proteção, sendo suficiente que a medida seja apta a fomentar sua realização. No juízo de necessidade, comparam-se as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental, tendo o cidadão o direito à menor desvantagem possível. A proporcionalidade em sentido estrito depende das possibilidades jurídicas, podendo ser otimizada em graus variados. Exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, ou seja, se as vantagens produzidas superam as desvantagens decorrentes de sua utilização (BADARÓ, 2017, p. 90-96).

grau de importância da realização de outro princípio fundamental  $P_j$ . A aplicação da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais resulta na relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

A aplicação da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais resulta na relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249). Na hipótese da colisão de uma regra de natureza constitucional com um princípio constitucional, a regra terá uma força maior do que o direito *prima facie* assegurado pelo princípio colidente. Isso porque o próprio legislador constituinte já fez o sopesamento e decidiu privilegiar um dos princípios e o direito fundamental correspondente, preestabelecendo a solução de eventual ponderação pela predefinição de uma regra que assegura um direito definitivo em relação a um dos princípios colidentes (BADARÓ, 2017, p. 93).

A utilização do princípio da proporcionalidade deve ser percebida como um mecanismo de maior proteção dos direitos fundamentais, que atuam num sistema de coexistência, não havendo qualquer violação ou desrespeito em dar efetividade a um direito constitucional de maior relevância e importância em detrimento a outro de menor peso no caso concreto (BADARÓ, 2017, p. 97). A aplicação do princípio da proporcionalidade permite que os princípios coexistam, sem que sejam eliminados; diferentemente das regras, que obedecem à lógica do tudo ou nada (QUEIJO, 2012, p. 91-92).

Dessa forma, o aplicador do direito, diante da hipótese de uma posição jusfundamental definitiva de não colaboração a uma determinada diligência persecutória, deverá verificar, primeiramente, se a consequência jurídica buscada faz parte do direito *prima facie*, bem como se



existe alguma norma que possibilite sua afetação. Por fim, através da proporcionalidade e baseado nas razões e contrarrazões apresentadas no caso concreto, verificar a imposição ou não da proibição de o Estado nela intervir (TROIS NETO, 2011, p. 135-136).

## **6 AS HIPÓTESES DE IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E FORMAÇÃO DA PROVA**

Atualmente, as provas genéticas desempenham papel fundamental no procedimento investigatório, sendo decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Entretanto, sua eficácia está condicionada, em muitos casos, a uma comparação entre o material genético encontrado no local do crime e aquele a ser proporcionado pelo acusado (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Não existe qualquer óbice quanto à coleta de amostras de sangue, cabelos, pelos ou outras células corporais que se encontram no próprio local dos fatos, nas vestes da vítima ou em outros objetos ali dispensados (MEDEIROS, 2009, p. 83). Caso a investigação preliminar aponte a necessidade de coletar materiais genéticos nas roupas ou na casa do acusado, deve a autoridade policial representar por mandado de busca e apreensão (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Dentre as diversas hipóteses para a obtenção do perfil genético, a que apresenta o entendimento mais pacífico na doutrina e na jurisprudência, sem dúvida, refere-se àquela resultante do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, permitindo a intervenção corporal como conteúdo de autodefesa (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.). A intervenção corporal consentida é, em tese, aceita mais amplamente em virtude de o acusado ter disponibilidade sobre o seu corpo, não existindo obstáculos para a intervenção corporal, desde que ínfima e sem danos (RUIZ, 2016, n.p.).

Tal prática é comum nos casos em que o acusado objetiva trazer ao processo provas da sua inocência, fornecendo, assim, seu material bio-

lógico. Apesar do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, é imperativo que este seja claramente informado a respeito de suas garantias processuais, como a garantia contra autoincriminação, sob pena de a prova ser considerada ilícita (RUIZ, 2016, n.p.).

Outra possibilidade de coleta, diante da dificuldade de obter-se o perfil genético diretamente do acusado ou de uma amostra do DNA desprendida do seu corpo, trata-se da coleta do material genético de uma terceira pessoa, alheia às investigações. Imprescindível, diante do objetivo da coleta, que esse terceiro seja parente do acusado, em razão da semelhança hereditária carregada nos genes, a fim de surtir interesse na investigação criminal para a indicação ou não da autoria de determinado delito. Contudo, diante da recusa desse terceiro em realizar a coleta de material genético, não cabe qualquer imposição de medida coercitiva, mesmo que importe na única medida capaz de esclarecer a autoria do delito (RUIZ, 2016, n.p.).

### **6.1 A prova obtida através da coleta não autorizada do perfil genético do acusado**

A coleta do DNA do acusado como elemento probatório, através da intervenção corporal, sem o seu consentimento, é, sem dúvida, uma das formas mais controversas de obtenção do perfil genético. O legislador, através da Lei n.º 12.654/12 (BRASIL, 2012), estabeleceu a possibilidade de coleta de material genético sem o consentimento do acusado (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no *Habeas Corpus* n.º 70061747622, enfrentou essa questão, fundamentando sua decisão no princípio da proporcionalidade. No caso em questão, o paciente, que responde pelo crime de homicídio, requereu a suspensão da eficácia da decisão que determinou sua condução compulsória ao Posto Médico Legal para coleta de material genético, objetivando o posterior confronto com o material coletado junto à vítima (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

O relator Desembargador Jayme Weingartner Neto, no seu voto, argumentou que a identificação criminal por meio da coleta de material biológico, quando essencial às investigações policiais, pode ser aplicada ao caso, ao menos por analogia. A medida gera tensão entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação, dos direitos ao silêncio, à intimidade, à liberdade e à intangibilidade corporal, e o direito à segurança e o dever de proteção geral do Estado, somados à persecução penal e à tutela jurisdicional adequada (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

De acordo com o relator, nesta hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade, sendo necessário analisar os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No caso em tela, o subprincípio da adequação foi devidamente atendido, sendo a prova pretendida apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva. Contudo, no que tange ao subprincípio da necessidade, devido ao réu já ter sido preso cautelarmente, restou clara a existência de outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados, também não foi contemplado, inexistindo, para sua aferição, qualquer informação acerca do procedimento a ser utilizado para coleta do material genético. Portanto, a coleta de material genético do acusado de forma compulsória, apesar de possível, não passou no filtro da proporcionalidade (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Anote-se, entretanto, que existem decisões recentes do próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionando-se pela autorização da coleta compulsória do material genético do acusado. No *Habeas Corpus* n.º 70076369479, a defesa alegou que o encaminhamento do paciente ao Instituto Geral de Perícias (IGP) para coletar DNA, contra sua vontade, com o fim de produção de provas, é flagrantemente inconstitucional, violando o direito ao silêncio. No caso em comento, o

acusado teve a prisão preventiva decretada pela prática dos delitos, em tese, de estupro e de roubo majorado (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O relator Desembargador Ivan Lemar Bruxel, no seu voto, argumentou que o direito do réu a não se autoincriminar não pode ser tomado de forma absoluta, devendo ser ponderado com outros valores tutelados pelo Estado. A coleta de DNA se apresenta como prova que exige colaboração passiva do paciente, a qual preserva sua integridade física e respeita o primado da dignidade humana, não sendo alcançada pelo *nemo tenetur se detegere*. Na verdade, trata-se da colisão dos direitos fundamentais da integridade física do investigado, através de procedimento minimamente invasivo, e do direito social à persecução penal e à paz social, decorrentes do interesse público na busca da verdade e na garantia da ordem pública. No caso em comento, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, verificou-se que o sacrifício imposto à integridade física é mínimo, enquanto o fundamento autorizador é de extrema relevância social. A ordem foi denegada por maioria dos votos (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

A coleta compulsória do perfil genético do acusado, apesar de não estar pacificada na jurisprudência, tem encontrado abrigo em decisões recentes, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Contudo, nas hipóteses em que o acusado negar-se a fornecer material biológico, e a extração obrigatória não estiver prevista em lei, a coleta compulsória resultará em afronta à garantia constitucional da não autoincriminação, e, conseqüentemente, a prova constituída será considerada ilícita (BECK; RITTER, 2015, p. 335).

## **6.2 A prova obtida através da coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados pelo acusado nos atos de Polícia Judiciária**

A obtenção de material genético poderá ocorrer também de forma indireta, quando a autoridade apreende um objeto que fora descartado espontaneamente pelo acusado. Não se trata do material recolhido na

cena do crime, mas de DNA obtido, por exemplo, através de uma cusparada ou da saliva encontrada na bituca de um cigarro. Nessa hipótese não há qualquer afronta à autoincriminação ou à presunção de inocência, podendo essas evidências, se comparadas aos materiais genéticos encontrados no local do crime, configurar uma prova relevante no convencimento judicial (MEDEIROS, 2009, p. 81-82).

Da mesma forma tem se posicionado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No julgamento do recurso de apelação n.º 70071800981, interposto pelo Ministério Público, que requereu a anulação da sentença absolutória do juízo *a quo* e a condenação do réu pelo crime de latrocínio, os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado acordaram, à unanimidade, que, no caso concreto, não houve qualquer ato que pudesse implicar a afetação dos direitos intransponíveis do acusado. A discussão, no mérito, tratava-se do exame pericial realizado em duas baganas de cigarro descartadas pelo acusado no interior da Delegacia, que permitiram a confrontação do material genético com o tecido sanguíneo que corresponde a achado pericial oriundo da porta de entrada da residência da vítima. A defesa sustentou a nulidade do laudo pericial sob o argumento da ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O relator Desembargador Sandro Luz Portal, no seu voto, destacou que o caso não envolve, em último exame, o direito de um indivíduo não produzir prova contra si. A coleta de material genético sem qualquer intervenção corporal e realizada em objetos encontrados no ambiente, como em chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e de refrigerantes, que contenham resquícios de saliva, não representa ato invasivo à integridade da pessoa, sendo a recusa do acusado irrelevante para a constituição da prova penal. Ressaltou, ainda, que o próprio acusado decidiu fumar e atirar as baganas fora, gesto este que não lhe foi ordenado (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Desembargador destacou que nenhum princípio é absoluto, o que acarretaria ao sistema processual penal brasileiro a impossibilidade de qualquer perspectiva adequada e concreta de apuração da autoria em delitos de qualquer natureza, salvo se o fato criminoso tiver sido filmado. Por fim, conclui que a garantia de não produzir prova contra si mesmo não pode ser interpretada sem a imposição de qualquer limite no ordenamento jurídico, servindo como fator de violação real ou potencial de toda uma série paralela de outros direitos fundamentais (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado não necessita de autorização judicial. A prova que porventura vier a ser constituída, após ser comparada com as amostras questionáveis do local do crime, será considerada válida, não resultando na afronta dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, nem mesmo na invasão da esfera da intimidade ou da vida privada do acusado (RUIZ, 2016, n.p.).

A polícia judiciária, em alguns casos, para evitar a coleta coercitiva de material genético do acusado, utiliza-se de algumas estratégias, como, por exemplo, arrecadar um cigarro ou um copo com água utilizado pelo acusado que está sendo interrogado. Tal iniciativa visa obter seu material genético através da saliva, a fim de ser analisado posteriormente pelos peritos forenses.

Na apelação criminal n.º 1.0024.13.047987-6/001, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa interpôs recurso em face da decisão que declarou válida a prova pericial produzida nos autos da ação penal que apura os crimes de extorsão, estupro, homicídio e ocultação de cadáver. No caso em comento, o réu, que estava preso, teve material genético colhido no copo e na colher utilizados por ele após a refeição no presídio. De acordo com a defesa, a admissão da referida prova viola os princípios da ampla defesa e da dignidade do réu (MINAS GERAIS, 2013).

O relator Desembargador Eduardo Brum, que foi voto vencido no acórdão, concordou com a tese defensiva de violação do princípio da ampla defesa, configurada diante da deslealdade do aparato de persecução penal contra a esfera individual de liberdade. Segundo o Desembargador, o fato de o réu estar custodiado em estabelecimento prisional e ser obrigado a utilizar copos e talhares para se alimentar e saciar sua sede afronta a paridade de armas, não existindo razoabilidade na admissão da prova (MINAS GERAIS, 2013).

Contudo, os Desembargadores Júlio Cezar Guttierrez e Feital Leite opuseram divergência ao voto do relator, sob o argumento de que as provas obtidas por exames periciais não invasivos prescindem de autorização do acusado. Ademais, a garantia contra a autoincriminação e a inviolabilidade da intimidade não podem ser tomadas de forma absoluta, comportando relativização quando ponderadas com outros valores tutelados pelo Direito. No caso, o direito à intimidade e à liberdade do apelante é substancialmente inferior à gravidade do fato e ao abalo causado à segurança pública e ao poder-dever do Estado de realizar a justiça penal (MINAS GERAIS, 2013).

Isso não significa, porém, que o Estado está autorizado a ludibriar o acusado. É necessário analisar se a obtenção do perfil genético, durante os atos de polícia judiciária, foi precedida de algum comportamento ardiloso dos agentes públicos. A coleta de material biológico de um cigarro utilizado e dispensado tão somente por iniciativa do acusado, pode, no caso concreto, atender as exigências dos subprincípios da proporcionalidade. Esta situação assemelha-se a hipótese da coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado, que prescinde de autorização judicial e não afronta a esfera da intimidade ou a garantia contra autoincriminação (RUIZ, 2016, n.p.).

Em contrapartida, a conduta ativa da autoridade ao oferecer qualquer objeto para o acusado, ou obrigá-lo a utilizá-lo, de forma premeditada, com o fim específico de obter o seu perfil genético, importa na ilicitude da prova. O resultado dessa coleta de material biológico, mes-

mo sem expressa vedação legal, configura violação aos direitos do acusado, sendo dever do Estado adverti-lo quanto ao alcance das suas garantias, em especial a não autoincriminação (PACELLI, 2014, p. 345). O princípio da proporcionalidade, nesta hipótese fática, não pode ser aplicado. A estratégia de enganar o acusado quanto ao objetivo da realização de determinado ato da polícia judiciária, evidentemente não atende ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como está em desacordo com o devido processo legal (RUIZ, 2016, n.p.).

As amostras de saliva, sangue, urina, cabelo ou outros tecidos orgânicos coletados em objetos descartados pelo investigado, de acordo com a doutrina e jurisprudência, não encontra qualquer óbice quanto a sua utilização como prova no processo penal. A dissonância no entendimento ocorre nas hipóteses em que o acusado for obrigado ou induzido a utilizar os objetos que contenham seu perfil genético, principalmente no que tange à violação do direito a ampla defesa e a garantia contra a autoincriminação (BECK; RITTER, 2015, p. 335).

### **6.3 A prova obtida através dos perfis incluídos no banco de dados genético – CODIS**

A tipagem do DNA, normalmente utilizada para comparações entre os perfis genéticos dos acusados e as amostras coletadas no local do crime, pode também ser utilizada nas investigações que não possuem suspeitos. Após coletados, os dados passam a integrar, de forma sigilosa, o banco nacional de perfis genéticos; permitindo, assim, que a autoridade solicite a comparação de amostras de materiais biológicos com todos os perfis contidos no banco de dados (MEDEIROS, 2009, p. 53).

Anote-se que tal situação é análoga à das impressões digitais latentes, em especial após o desenvolvimento do AFIS – Sistemas Automatizados de Identificação por Impressões Digitais. Atualmente, os peritos forenses podem colocar um padrão não identificado de uma impressão digital latente no sistema e compará-la, rapidamente, com



todos os padrões contidos no banco de dados. Para ambos os casos impõe-se sigilo e segurança das informações armazenadas (MEDEIROS, 2009, p. 53).

Nesse contexto, uma das discussões que se fazem pertinentes refere-se à existência ou não de limites jurídicos quanto ao armazenamento de perfis genéticos em banco de dados para a resolução de crimes futuros, a partir da comparação do DNA encontrado no local de um crime (RUIZ, 2016, n.p.). O cadastro genético nacional dos condenados de forma obrigatória, e dos acusados quando a identificação criminal for essencial às investigações, acaba por etiquetá-los, levando a polícia judiciária a direcionar o direito penal, primeiramente, a essas pessoas; visando, dessa forma, solucionar casos sem indícios suficientes para iniciar uma investigação (GUEDES; FELIX, 2014, p. 164).

O Supremo Tribunal Federal (STF), no recurso extraordinário n.º 973.837, reconheceu a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do artigo 9-A da Lei n.º 7.210/84, introduzida pela Lei n.º 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes específicos. No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar. O relator Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, argumentou ser favorável ao reconhecimento da repercussão geral, em razão da ausência de previsão quanto à eliminação dos perfis genéticos coletados como consequência da condenação (BRASIL, 2016a).

Por sua vez, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 407627-MG, impetrado pela defesa para impedir a coleta compulsória do DNA do apenado, que foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após interposição do agravo em execução pelo Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão, não reconheceu qualquer ilegalidade no ato. O relator Ministro Felix Fis-

cher, em decisão monocrática, destacou que não desconhece a repercussão geral do recurso extraordinário n.º 973.837, que ainda não teve o mérito julgado; entretanto, não há ordem de suspensão de processos que versam sobre o tema, inexistindo qualquer óbice à aplicação do artigo 9-A da Lei n.º 7.210/84 (BRASIL, 2018).

Com efeito, o Ministro concluiu que o material biológico que se busca colher com o exame de DNA não tem por finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados, uma vez que a condenação do apenado fundamentou-se em elementos concretos de autoria e materialidade, cuja sentença já transitou em julgado. Ao final do seu voto, concluiu que, no caso, não há como acolher a tese de que a coleta de material genético configuraria ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação (BRASIL, 2018).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade do artigo 9-A da Lei n.º 7.210/84. O Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, relator para o acórdão, fundamentou a decisão sob o argumento de que a coleta de DNA representa grande avanço científico e conseqüente segurança na identificação das pessoas, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado (MINAS GERAIS, 2017).

No que tange à inclusão de perfis genéticos dos investigados no banco de dados, com o objetivo de identificar a autoria de outros delitos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 5035657-07.2016.4.04.0000, posicionou-se, à unanimidade, de forma favorável. A defesa impetrou remédio constitucional para evitar a inclusão do DNA do paciente no banco de dados, sob a alegação da inconstitucionalidade da Lei n.º 12.654/12, devido à afronta aos princípios e garantias fundamentais, em especial ao direito

do réu de não produzir prova contra si mesmo e à presunção de inocência (BRASIL, 2016b).

O relator Desembargador Leandro Paulsen, no seu voto, ressaltou que o legislador já ponderou, na lei atacada, as situações suficientemente graves e aptas a ensejar a restrição à incolumidade corporal e à intimidade. É cediço que a coleta do material genético é essencial para a investigação criminal, para verificar ou para afastar a autoria dos delitos, em tese, praticados pelo paciente. A inconstitucionalidade da Lei n.º 12.654/12, alegada pela defesa, não foi, até o momento, declarada pelo STF, que tão somente reconheceu a repercussão geral do assunto. Ademais, a Turma já se manifestou pela constitucionalidade da identificação genética, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 5029013-19.2014.000 (BRASIL, 2016b).

É inegável que o objetivo principal da existência de um banco de dados genéticos justamente é permitir o armazenamento de amostras de DNA para futura comparação com os materiais genéticos encontrados em local de crime. Contudo, é clara a divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao fato de o banco de dados disponibilizar os perfis genéticos oriundos do passado judicial dos condenados e dos investigados como a primeira hipótese de autoria dos crimes ocorridos posteriormente, independentemente da existência de indícios de autoria ou materialidade (RUIZ, 2016, n.p.).

## CONCLUSÃO

No contexto atual, com o desenvolvimento científico sobre as formas de extração e análise do DNA, as provas genéticas possuem uma posição de destaque na persecução penal. A coleta de perfil genético do acusado e sua comparação com o material biológico encontrado no local do crime pode constituir uma prova robusta na identificação da autoria de determinado delito.

As provas permitem ao juiz, através da atividade recognitiva acerca de um fato passado, escolher, de forma racional e fundamentada, dentre as diversas hipóteses fáticas alegadas pelas partes, aquela que lhe fornece maior grau de convencimento. Entretanto, admitindo-se que o processo penal é um sistema falível, a decisão judicial não representa, necessariamente, a revelação da verdade. Busca-se a construção de uma verdade processual, baseada nos direitos e garantias constitucionais, capaz de produzir a certeza jurídica necessária para estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal e de evitar o erro judiciário.

Apesar de a matéria não estar pacificada na doutrina e na jurisprudência, tem-se como uma prova lícita, desde que atendidos os requisitos legais, a identificação criminal do acusado através da coleta compulsória do seu perfil genético, bem como através da coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados exclusivamente por iniciativa dele nos atos de polícia judiciária. Para tanto, faz-se necessária à aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, entre a garantia contra autoincriminação e o direito à segurança e à tutela jurisdicional adequada. O aplicador do direito deve ponderar, no caso concreto, se a coleta pretendida é apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva (adequação), se existem outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal (necessidade), e sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados com a coleta compulsória (proporcionalidade em sentido estrito).

O cadastro no banco de dados genético – CODIS somente dos perfis genéticos oriundos do passado judicial dos condenados e dos investigados, com a posterior comparação com os materiais genéticos encontrados em investigações futuras, sem sequer figurarem como suspeitos, acaba por etiquetá-los, criando um problema de seletividade, como se estas fossem as únicas pessoas que pudessem cometer crimes. Nesse contexto, a solução passa por nova alteração normativa, a fim de possibilitar a identificação genética de todas as pessoas, inde-

pendentemente de ser essencial às investigações ou resultante de uma condenação em determinados crimes.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista Ajuris**, v. 42, n. 137, p. 321-341, março 2015. Disponível em: [www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321](http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. **Lei 12.037, de 1 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm). Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 407627-MG (2017/0167688-6)**. Relator: Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 25/4/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=407.627&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 973837-MG (Repercussão Geral)**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 23/6/2016a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28973837%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gplwsch>. Acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Oitava Turma). **Habeas Corpus n.º 5035657-07.2016.404.0000**. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre/RS, julgado em 31/8/2016b. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394032071/habeas-corpus-hc50356570720164040000-5035657-0720164040000/inteiro-teor394032079?ref=juris-tabs>. Acesso em: 2 maio 2022.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e a Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes. A identificação genética dos civilmente identificáveis como meio de prova de autoria. **Revista Jurídica Cesumar**, Mestrado, v. 14, n. 2, p. 413-434, jul./dez. 2014. Disponível em: [periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621](http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621). Acesso em: 2 maio 2022.

COSTA RICA. **Pacto de San Jose da Costa Rica**: assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.Htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.Htm). Acesso em: 2 maio 2022.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUEDES, Gabriel Pinto, FELIX, Yuri. A identificação genética na Lei n.º 12.654/2012 e os princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Ano XII, n. 53, p. 157-179, abr./jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 941, p. 145-176, mar. 2014.

MEDEIROS, Roberto José. **A genética na prova penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do MG (Quarta Câmara Criminal). **Apelação Crime n.º 1.0024.13.047987-6/001**. Relator Revisor: Jú-

lio César Guttierrez. Belo Horizonte/MG, julgado em 29/5/2013. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115498484/apelacao-criminal-apr-10024130479876001-mg/inteiro-teor-115498543>. Acesso em: 2 maio 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do MG (Órgão Especial). **Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005**. Relator Revisor: Edilson Olímpio Fernandes. Belo Horizonte/MG, julgado em 23/2/2017. Disponível em: [http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 2 maio 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS (Primeira Câmara Criminal). **Habeas Corpus n.º 70061747622**. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre/RS, julgado em 22/10/2014. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70061747622&num\\_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061747622&num_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true). Acesso em: 2 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS (Oitava Câmara Criminal). **Apelação Crime n.º 70071800981**. Relator: Sandro Luz Portal. Porto Alegre/RS, julgado em 14/6/2017. Disponível em: <http://>



www1.tjrs.jus.br/site\_php/consulta/consulta\_processo.php?nome\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\_fonetica=1&tipo=1&id\_comarca=700&num\_processo\_mask=70071800981&num\_processo=70071800981&codEmenta=7319718&temIntTeor=true. Acesso em: 2 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS (Sétima Câmara Criminal). **Habeas Corpus n.º 70076369479**. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre/RS, julgado em 8/3/2018. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70076369479&num\\_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076369479&num_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true). Acesso em: 2 maio 2022.

RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

# ***Tânatos, Zoé e Bios: o tratamento jurídico-penal dos cuidados paliativos, eutanásia, ortotanásia e distanásia***

*Tânatos, Zoé and Bios: The legal-criminal treatment of the palliative care, euthanasia, orthothanasia and dysthanasia.*

*Lucas Spessatto<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente artigo versa acerca da repercussão jurídico-penal sobre os cuidados paliativos, eutanásia e suas formas, ortotanásia e distanásia perante o garantidor, por vezes profissionais da saúde, parente do enfermo. Tentar-se-á apresentar os desafios e perspectivas da temática no ordenamento jurídico brasileiro e mundo afora, sobretudo para fins informativos das condutas perpetradas, bem como provocar o debate sobre a pauta. Trata-se de pesquisa bibliográfica comparativa de obras jurídicas, filosóficas, jurisprudência e literatura desenvolvida com base no método dedutivo.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Cuidados Paliativos. Eutanásia. Orto-tanásia. Distanásia.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FPM); especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado. E-mail: lucas.spessatto@hotmail.com.

## ABSTRACT

The article deals for the legal-criminal repercussion on Palliative Care, Euthanasia and its forms, orthothanasia and dysthanasia in the face of the guarantor, sometimes, of health, sometimes, relative of the sick. It will try to present the challenges and perspectives of Brazilian's theme in the legal system and around the world, above all, for informative purposes of the perpetrated behaviors, as well as to provoke the debate on the agenda. This is a comparative bibliographic research on legal, philosophical, jurisprudence and medical literature developed based on the deductive method.

**Keywords:** Criminal Law. Palliative Care. Euthanasia. Orthothanasia. Dysthanasia.

## 1 INTRODUÇÃO

O *Ser*, segundo Heidegger, existe finitamente, ele não é anterior à finitude nem existe possibilidade de *ela* não incidir sobre ele. Sua morte é certa e, concomitantemente, indeterminada de quando acontecerá: inesperada e efêmera, ou anunciada. Assistimos, então, a situações corriqueiras de fuga da morte, de negação da sua possibilidade, ou seja, da finitude: “Algum dia, por fim, também se morre, mas, de imediato, não se é atingido pela morte”.<sup>2</sup>

A limitação da humanidade em assimilar o fim da vida, segundo Freud, é inconcebível e inimaginável no aparelho psíquico: “No fundo, ninguém acredita em sua própria morte, ou, o que vem a ser o mesmo, no inconsciente, cada um de nós está convencido de sua imortalidade”,

---

<sup>2</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 329.

em outras palavras, ela não existe para o inconsciente. Fenômeno esse chamado de *pulsão de morte*.<sup>3</sup>

Em outra linha, oposto (ou complementar) ao pensamento de Byung-Chul Han, na obra *Sociedade Paliativa*,<sup>4</sup> a sociedade ultra acelerada, *algofóbica*,<sup>5</sup> em nada se coaduna aos cuidados paliativos. Em sentido mais amplo, relação há entre os escritos do autor coreano e a sistemática de humanização da dor formulada pelos cuidados paliativos, enquanto instituinte.

Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS), na Constitution of the World Health Organization, define saúde como “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”.<sup>6</sup> Conclui-se, portanto, de acordo com a OMS, que tão somente a eliminação da patologia fisiológica, ou a ausência de doenças, não se traduz num conceito de saúde *per totum*.

O Estado, inicialmente, tinha o poder sobre a vida e a morte dos indivíduos – conforme Foucault, *fazer viver e deixar morrer* –,<sup>7</sup> de causar a morte ou deixar viver pelo poder da guerra ou da pena capital; contudo, a partir do século XVII, o poder político assumiu a tarefa de gerir a vida por meio da disciplina dos corpos ou dos controles regu-

---

<sup>3</sup> FREUD, Sigmund. Além do princípio do prazer. In: FREUD, Sigmund. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. vol. 18. Rio de Janeiro: Imago, 1976. (Trabalho original publicado em 1920).

<sup>4</sup> Discorre o filósofo, de forma metafórica, que a sociedade seria dominada pela algofobia, “medo generalizado da dor” em função do autoimpulso de autoexploração da acelerada sociedade neoliberal atual. Ainda, “Utilizo a expressão ‘sociedade paliativa’ em sentido metafórico, para designar uma sociedade que não consegue lidar com a dor. **A sociedade paliativa nada tem a ver com medicina paliativa**”. Disponível em: [https://www.ihu.unisinos.br/categorias/606930-o-valor-dos-arrepios-a-dor-nos-torna-humanos-entrevista-com-byung-chul-han?gclid=Cj0KCQjwnbmaBhD-ARIsAGTPcfVlk044qC2xpOywVX52XD5p-Ict4agOwfSenUw6VpSAMs9H\\_Tvfr\\_saAs9DEALw\\_wcB](https://www.ihu.unisinos.br/categorias/606930-o-valor-dos-arrepios-a-dor-nos-torna-humanos-entrevista-com-byung-chul-han?gclid=Cj0KCQjwnbmaBhD-ARIsAGTPcfVlk044qC2xpOywVX52XD5p-Ict4agOwfSenUw6VpSAMs9H_Tvfr_saAs9DEALw_wcB). Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>5</sup> HAN, Byung-Chul. **Sociedade paliativa: a dor hoje**. Trad. Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021. p. 9.

<sup>6</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 22. reimpr. Rio de Janeiro: Graal, 2012. p. 149.

ladores das populações. Esses são os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida: a disciplina *anatomo-política* dos corpos individuais e a regulação *biopolítica* das populações. O nascimento da medicina social e a consequente preocupação do Estado com a Saúde Pública responderam a esse objetivo. De tal forma, discorre o filósofo francês que a função do poder não é mais matar, mas investir sobre a vida. A potência da morte é substituída pela administração dos corpos e a gestão calculista da vida.

Para Foucault, a organização do biopoder foi necessária para o desenvolvimento do capitalismo, porque era preciso, por um lado, inserir os corpos disciplinados dos trabalhadores no aparelho da produção e, por outro, regular e ajustar o fenômeno da população aos processos econômicos. A lógica do biopoder é justamente esta: cuidar/maximizar a vida humana para que ela seja produtiva.<sup>8</sup>

Agamben discorre sobre o *biopoder* explicitando novas facetas de cunho jurídico e político. O que torna possível a biopolítica é a restrição da vida à sua precariedade e vulnerabilidade, ou a redução do ser humano à sua vida nua. Para entender esse fenômeno, Agamben parte da distinção grega dos dois sentidos de vida: *bios*, identificada com o âmbito público da vida moral e política, que diferencia a vida humana, da vida animal; e *zoé*, a vida física ou natural do âmbito privado, que põe os humanos e os animais no mesmo patamar.<sup>9</sup>

Por isso mesmo, Buyng Chul Han participa um tanto que acriticamente da visão de vida nua de Agamben:

O prolongamento da vida a todo custo avança globalmente a valor supremo, que invalida todos os outros valores. Pela sobrevivência sacrificamos voluntariamente tudo que faz a vida

---

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 22. reimpr. Rio de Janeiro: Graal, 2012. p. 145.

<sup>9</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004. v.1.

digna de ser vivida. Em vista da pandemia, adota-se sem questionamento ainda a limitação radical de direitos fundamentais. Sem resistência, sujeitamo-nos ao estado de exceção que reduz a vida à vida nua.<sup>10</sup>

Daí se expõe a problemática do presente artigo: pode, então, o bem jurídico vida ser disposto por seu detentor? Pode o mesmo bem jurídico ser disposto por *outro* (garantidor)?

Os cuidados paliativos, funcionais para fazer cessar/amenizar a dor (não necessariamente cessar tratamento curativo), podem configurar algum tipo de conduta tipicamente ativa ou omissiva pelo profissional da saúde? Tal, portanto, é a pauta do presente artigo: enfrentar e analisar os meios finalísticos de falecer, de modo a causar menos sofrimento ao indivíduo.

Para tanto, primeiramente, serão abordados os conceitos de cuidados paliativos e tratativos, diferenciando-os; de eutanásia, ortotanásia e distanásia, ainda apontando, polarmente, o fator decisório e o risco eugênico que se acarreta. Após, o tratamento penal recebido aos que praticam as condutas referidas, em especial no tocante aos profissionais da saúde investidos para tanto. Por fim, tratar-se-á dos desafios e as perspectivas das temáticas envolvidas.

A hipótese é de que, apesar de dogmática penalmente punível perante o ordenamento jurídico brasileiro, a eutanásia – em determinadas circunstâncias – e a ortotanásia não o deveriam ser. Já consoante à distanásia, dever-se-á buscar punição pelo crime de homicídio qualificado. Sobretudo, em relação aos cuidados paliativos, instrumentalizá-los objetivando dirimir dúvidas e desmistificando suas práticas. Desarte, faz-se necessária a análise da temática objeto deste artigo pela

---

<sup>10</sup> HAN, Byung-Chul. **A sociedade paliativa**. Trad. Ana Falcão Bastos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021. p. 34.

realidade brasileira em seu sistema de saúde, utilizando-se técnicas de coletas de dados, pesquisa bibliográfica, legislativa, jurisprudencial.

## 2 OS CUIDADOS PALIATIVOS, A EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA

Ana Claudia Quintana Arantes, médica paliativista, dispõe, na obra *A morte é um dia que vale a pena viver*, que:

Morte natural é aquela que acontecerá em decorrência de uma doença grave incurável, que está piorando e para a qual a medicina esgotou suas possibilidades de tratamento. Nada impedirá a pessoa que tem tal doença de chegar à morte, é uma condição inexorável para aquela situação. É a essa pessoa, a esse paciente, que ofereço os cuidados paliativos.<sup>11</sup>

Desvela-se, portanto, que a aplicação de cuidados paliativos em enfermos em estado terminal não se aporta em uma banalização da vida. Visa-se trazer uma ótica de dignificação e ressignificação do processo de morte, algo inerente a todo ser vivo.

Cumpre, inicialmente, conceituar cuidados paliativos, sendo a abordagem que objetiva inserção de bem-estar àqueles que se veem terminantemente adoentados, bem como de seus familiares, por intermédio de equipe multidisciplinar durante o período do diagnóstico, adoecimento, finitude e luto.<sup>12</sup> A Organização Mundial de Saúde (OMS) listou os princípios norteadores dos cuidados paliativos:

---

<sup>11</sup> ARANTES, Ana Claudia Quintana. *A morte é um dia que vale a pena viver*. Rio de Janeiro: Sextante, 2019. p. 82

<sup>12</sup> D'ALESSANDRO, Maria Perez Soares et al. **Manual de Cuidados Paliativos**. São Paulo: Hospital Sírio Libanês; Ministério da Saúde, 2020.

1. Promover o alívio da dor e outros sintomas desagradáveis;
2. Afirmar a vida e considerar a morte como um processo normal da vida;
3. Não acelerar nem adiar a morte;
4. Integrar os aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente;
5. Oferecer um sistema de suporte que possibilite o paciente viver tão ativamente quanto possível, até o momento da sua morte;
6. Oferecer sistema de suporte para auxiliar os familiares durante a doença do paciente e a enfrentar o luto;
7. Fazer uma abordagem multiprofissional para focar as necessidades dos pacientes e seus familiares, incluindo acompanhamento no luto;
8. Melhorar a qualidade de vida e influenciar positivamente o curso da doença;
9. Deve ser iniciado o mais precocemente possível, juntamente com outras medidas de prolongamento da vida, como a quimioterapia e a radioterapia e incluir todas as investigações necessárias para melhor compreender e controlar situações clínicas estressantes.<sup>13</sup>

Dessarte, há que se frisar que os cuidados paliativos não se baseiam em protocolos, tão falados em tempos *covídicos*, mas em princípios. Ademais, necessário informar que os cuidados paliativos não são aplicações tão somente à pessoa do adoentado, mas à sua família, uma vez que se envolve de tal maneira no adoecer de seu próximo que começa a conviver com uma sobrecarga física, emocional, social, material, financeira e existencial.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> World Health Organization – WHO. Definição de cuidados paliativos. 2002. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>.

<sup>14</sup> MATSUMOTO, D. Y. Cuidados Paliativos: conceito, fundamentos e princípios. In: ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (org.). **Manual de cuidados paliativos**. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009. p. 14.



Ainda, em 2013, o Ministério da Saúde desenvolveu o programa “Melhor em Casa”,<sup>15</sup> dispondo sobre os cuidados paliativos no ambiente domiciliar. Tal iniciativa também objetiva desafogar os hospitais e, antes e sobretudo, priorizar a busca por melhorias na qualidade de vida dos enfermos e seus familiares e efetivar o direito à saúde elencado no artigo 6.º da Constituição Federal.

Acerca da recepção dos cuidados paliativos no território brasileiro, é necessário mencionar a Resolução n.º 41, de 31 de outubro de 2018, do Ministério da Saúde, dispondo, nesse sentido, de princípios autônomos, senão vejamos:

Art. 4º Serão princípios norteadores para a organização dos cuidados paliativos:

I - início dos cuidados paliativos o mais precocemente possível, juntamente com o tratamento modificador da doença, e início das investigações necessárias para melhor compreender e controlar situações clínicas estressantes;

II - promoção do alívio da dor e de outros sintomas físicos, do sofrimento psicossocial, espiritual e existencial, incluindo o cuidado apropriado para familiares e cuidadores;

III - afirmação da vida e aceitação da morte como um processo natural;

IV - aceitação da evolução natural da doença, não acelerando nem retardando a morte e repudiando as futilidades diagnósticas e terapêuticas;

V - promoção da qualidade de vida por meio da melhoria do curso da doença;

VI - integração dos aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente;

VII - oferecimento de um sistema de suporte que permita ao paciente viver o mais autônomo e ativo possível até o momen-

---

<sup>15</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Serviço de Atenção Domiciliar – Melhor em Casa**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/atencao-domiciliar/servico-de-atencao-domiciliar-melhor-em-casa>.

to de sua morte;

VIII - oferecimento de um sistema de apoio para auxiliar a família a lidar com a doença do paciente e o luto;

IX - trabalho em equipe multiprofissional e interdisciplinar para abordar as necessidades do paciente e de seus familiares, incluindo aconselhamento de luto, se indicado;

X - comunicação sensível e empática, com respeito à verdade e à honestidade em todas as questões que envolvem pacientes, familiares e profissionais;

XI - respeito à autodeterminação do indivíduo;

XII - promoção da livre manifestação de preferências para tratamento médico através de diretiva antecipada de vontade (DAV); e

XIII - esforço coletivo em assegurar o cumprimento de vontade manifesta por DAV.<sup>16</sup>

Extrai-se, portanto, dos incisos XI, XII e XIII que não há que se falar em imposição de cuidados paliativos aos enfermos, haja vista a disponibilidade e livre expressão de vontade para com o profissional da saúde que aplica técnicas paliativas, inclusive certificadas pela Diretiva Antecipada de Vontade (DAV). Não existe coerção ou coação à aplicação paliativa, sim, objetivos de, porquanto não efetivos tratamentos curativos e sim, tentativas de amenizar o sofrimento de quem resta patologicamente acometido.

Nesse sentido, também não há que se falar em cuidados paliativos como sinônimo de antecipação do óbito ou similar. Isso porque não resiste óbice à aplicação de cuidados paliativos e cuidados curativos por força do artigo 4.º, I, Resolução n.º 41, do Ministério da Saúde.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução n.º 41, de 31 de outubro de 2018**. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/do1-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/do1-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710). Acesso em: 19 out. 2022.

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução n.º 41, de 31 de outubro de 2018**. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/do1-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/do1-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710). Acesso em: 19 out. 2022.

Tendo em vista que a aplicação dos cuidados paliativos se dará, frequentemente, em enfermos terminais, há que se falar de duas formas de abreviação da vida: eutanásia e ortotanásia.

Etimologicamente,<sup>18</sup> o termo “eutanásia” advém do grego *eu* (boa) e *thánatos* (morte), ou seja, boa morte.<sup>19</sup> A eutanásia é tema polêmico, muito discutido mundialmente, sendo admitida em alguns países, como se verá adiante.

Cumprido mencionar que existem duas espécies de eutanásia: natural, que concerne à morte sem interferência externa; e provocada, que depende de conduta humana.<sup>20</sup> A eutanásia provocada divide-se em: autônoma, quando o agente que faz cessar a vida é o próprio enfermo; e heterônoma, quando o doente conta com o auxílio de outrem. Ademais, há que se falar em eutanásia solutiva (enquanto heterônoma), que auxilia o doente em vários aspectos, como psicológico, físico e moral, sem utilizar meios para abreviar a vida; e eutanásia resolutive, que antecipa a morte do paciente, a seu pedido e com o consentimento de terceiros.

A eutanásia resolutive se divide em três modais: libertadora, eugênica e econômica. A primeira busca oferecer uma morte indolor ao paciente; a segunda proporciona a morte sem dor para enfermos com doenças contagiosas/crônicas; e a terceira modalidade sobre psicopatológicos, idosos e incapazes, desonerando os cuidados do zelo investido.

Em se falando de ortotanásia, sua terminologia é oriunda das palavras gregas *ortho* (certo, correto) e *thánatos* (morte), portanto morte

---

<sup>18</sup> A primeira era consagrada à etimologia, o que não quer dizer que se buscasse aí o sentido originário das palavras, mas sim as “propriedades” intrínsecas das letras, das sílabas, enfim, das palavras inteiras. FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 47

<sup>19</sup> Significado extraído do *Dicionário Houaiss*. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

<sup>20</sup> FAVARIM, Aline Mendes. Eutanásia: algumas considerações. **Rev Sorbi**, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.18308/2318-9983.2014v2n2.34>. Acesso em: 19 out. 2022.

certa ou correta.<sup>21</sup> Por conseguinte, a ortotanásia consiste no processo de morte natural, sem interferência médica prejudicial objetivando prolongamento desnecessário e que cause sofrimento desnecessário a quem já se encontra adoentado sem nenhuma chance de cura. Em suma: deixar de agir para prolongar o sofrimento do paciente.

Tal conceito conduz, de certa forma, ao quarto capítulo de *Sociedade do Cansaço*, “Vita activa”, no qual o autor cita Hanna Arendt, conceituando o *animal laborans*, desenvolvendo elo que caracteriza a sociedade atual com ações reduzidas ao trabalho. Sujeitos que, de certa maneira, dispersa em formas de vida ativa, cedendo lugar para a superprodução e para a hiperatividade. Todavia, a autora destaca que o *animal laborans* apresentado está limitado ao nível/patamar do trabalho, fazendo com que o indivíduo *laborans* ignore a vida contemplativa.<sup>22</sup> O que em um glossário foucaultiano figuraria *mutatis mutandis* como *corpos dóceis*.<sup>23</sup>

A ortotanásia é forma de humanizar e aceitar o percurso natural da morte, de forma a tentar fazê-la da forma menos dolorosa ao ser. Aqui, talvez, encontra-se a forma de cessar a vida, e o sofrimento, mais humana e coadunada à filosofia dos cuidados paliativos, enquanto instituição. No Brasil, rumoroso caso ortotanásico ocorreu com o político paulista Mario Covas, ao optar por obter melhor condição de vida a tratar curativamente um câncer na bexiga recorrente, estando seus últimos dias no seio familiar de seu lar. Outra personalidade relevante no âmbito mundial a receber cuidados paliativos foi o Papa João Paulo II, passando seus últimos dias analgesiando a dor da artrite a mal de Parkinson que o acometia.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Significado extraído do *Dicionário Houaiss*. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

<sup>22</sup> HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 61.

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 20. ed. São Paulo: Vozes, 1999. p. 118.

<sup>24</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. 2010. Disponível em: <http://www.crm-sp.org.br/>

Foucault disserta que o suicídio se transformou em uma das primeiras condutas que entraram no campo da análise sociológica no século XIX. Com efeito, o suicídio “fazia aparecer, nas fronteiras e nos interstícios do poder exercido sobre a vida, o direito individual e privado de morrer.”<sup>25</sup> E prossegue:

[...] essa obstinação em morrer, tão estranha e, contudo, tão regular, tão constante em suas manifestações, portanto também pouco explicável pelas particularidades ou acidentes individuais, foi uma das primeiras surpresas de uma sociedade em que o poder político acabava de assumir a tarefa de gerir a vida.<sup>26</sup>

Pelos ensinamentos do Foucault, faz-se questionar, também, qual a cultura é a retórica produzida em torno do *dever de viver*. Derradeiramente, a distanásia advém do grego *dis* (mal) e *thánatos* (morte): morte má ou morte ruim, prolongando-se, de forma desnecessária e torturante a vida de quem se encaminha ao fim da existência terrena. Sendo procedimento que possibilita a prorrogação da vida de uma pessoa que está em agonia e dor através da utilização de medicamentos e procedimentos técnicos e científicos que não terão eficácia para curar a pessoa, ou seja, apenas adia a morte que será inevitável. Ou o prolongamento do processo de morte.

A morte, apesar de certa a todo aquele que ao sair do ventre se depara com olores vitais, é deveras *tabu*<sup>27</sup> à sociedade. De tal modo, o primeiro capítulo visou conceituar os institutos para melhor compre-

---

cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm\_midia&id=589. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 22 reimpr. Rio de Janeiro: Graal, 2012. p. 148.

<sup>26</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 22 reimpr. Rio de Janeiro: Graal, 2012. p. 150.

<sup>27</sup> Segundo Freud, o tabu é “o mais antigo código de leis não escritas pela humanidade, já existente bem antes dos deuses e de qualquer religião”. (FREUD, Sigmund. Totem e tabu (1912-1913). In: FREUD, Sigmund. **Obras completas v. II**. Totem e tabu, Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos Tradução e notas: Paulo César de Souza. São Paulo: Imago, 2012. p. 48.

ender, no decorrer do presente trabalho, suas recepções no ordenamento jurídico e alguns pontos ainda em lacuna no mesmo.

### 3 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL À MORTE E SUAS FORMAS DE INTERRUPÇÃO, ACELERAÇÃO OU RETARDAMENTO

Inicialmente, mesmo não positivada na Constituição Federal, a morte digna consta implícita ao observar-se o inflexível basilar da dignidade da pessoa humana, inclusive produzindo efeitos sobre a morte e suas *formas de travessia*. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

A constituição de 1998, no caput do seu artigo 5º, reconhece como titular de direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade da Pessoa Humana (inciso III, do artigo 1º) e pelos conexos princípios da isonomia e universalidade, toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no país.<sup>28</sup>

Dessarte, há que se falar no ponto humanístico dos cuidados paliativos ante a efetivação da dignidade da pessoa humana nos últimos momentos de vida. O direito à vida, constitucionalmente consagrado, em verdade, não menciona ao bem jurídico vida sua *indisponibilidade*, mas sim sua *inviolabilidade*. Nesse debate semântico, deve-se frisar que inviolável tem propósito de não se permitir a violência e a desonra, já indisponível, àquilo de que não se pode dispor, decidir. Tavares complementa que:

O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção

---

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p 280.

da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social.<sup>29</sup>

Tal disponibilidade sobre a integridade física, a título de exemplo, firma-se no consentimento real do ofendido em práticas desportivas, que, por infelicidades, podem, inclusive, ocasionar o óbito, é atípico por boa parte da doutrina, por ocasião do princípio da alteridade.<sup>30</sup> Cumpre mencionar, ainda, que se entenda estar diante de uma causa de excludente de ilicitude, qual sendo, o exercício regular de um direito, forte no artigo 23, III, do Código Penal, respondendo pelo seu excesso conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda, resta presente a disponibilidade do bem jurídico em relação à transfusão sanguínea de Testemunha de Jeová. Cumpre frisar que o ordenamento jurídico brasileiro não fornece norma que obrigue um paciente a submeter-se à transfusão sanguínea, tampouco que obrigue um médico a omitir-se diante da vontade de tal paciente. Todavia, tem-se<sup>31</sup> expresso, desde o seu preâmbulo constitucional, que o Brasil é um Estado laico mas não ateu, havendo, portanto, forte apelo à liberdade religiosa no território miscigenado brasileiro. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso acorda no seguinte sentido:

É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental

---

<sup>29</sup> TAVARES, Juarez. **Doutrinas essenciais do Direito Penal**: critérios de seleção de crimes e cominação de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 711.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 261.

<sup>31</sup> “CONSIDERANDO que a elaboração de emendas a Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I) está na atribuição do Poder Executivo Federal; CONSIDERANDO que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida, pelo que, salvo emendas de redação, continuam inalterados os seguintes dispositivos: [...]”. Disponível em: . Acesso em: 14 out. 2022.

emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.<sup>32</sup>

Sendo direito à vida um direito fundamental alicerçado na dignidade humana, a vida assegurada pela Constituição é a vida com autonomia e vontade. Pedro Lenza dispõe que “Regra matriz dos direitos fundamentais pode ser definida como núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos.”<sup>33</sup>

Dworkin, conhecido por compreender que há apenas uma resposta juridicamente falando, bem como, havendo omissão, dever-se-á buscar a solução adequada na integridade do direito, acrescenta que:

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. Parecer de 5 de abril de 2010.

<sup>33</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1535.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdade individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 290.



Importa trazer que não há óbice legal para a aplicação de cuidados paliativos no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, salutar a lembrança que sua aplicação se dá, principalmente, em pacientes terminais, na iminência do óbito. Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado 883/2020, em pouco diferindo da Resolução n.º 41, de 31 de outubro de 2018, do Ministério da Saúde na essência e na aparência dos cuidados paliativos, entretanto abre espaço para a eutanásia e ortotanásia, senão vejamos:

Art. 5º É lícito ao médico e demais profissionais de saúde que assistem ao paciente em fase terminal de vida, mediante consentimento informado do paciente ou, na sua impossibilidade, de familiar ou de seu representante legal, limitar ou suspender procedimentos ou tratamentos desproporcionais ou extraordinários, que têm por objetivo unicamente a manutenção artificial da vida.<sup>35</sup>

Percebe-se que o projeto fora editado durante a pandemia de Covid-19, a qual ceifou quase setecentas mil vidas no Brasil.<sup>36</sup> Durante o enfrentamento pandêmico, médicos, familiares e demais profissionais da saúde, para além da patologia viral, viviam o paradoxo da “escolha de Sofia”<sup>37</sup> que, em suma, era a escolha de leitos entre quem poderia viver.

---

<sup>35</sup> PLS 883/2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076623&ts=1630417962843&disposition=inline>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>36</sup> Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>37</sup> “Antes de entendermos o que o termo ‘escolha de Sofia’ tem a ver com a Covid-19, é necessário conhecer de onde ele surgiu. A expressão, oriunda do inglês, *Sophie’s choice*, nasceu a partir de um filme de drama estadunidense de 1982, com direção e roteiro de Alan J. Pakula, baseado no romance de William Styron, de 1979.

A produção baseia-se no drama que Sofia, uma mãe polaca e filha de um pai antissemita, enfrenta. A personagem está em Auschwitz, um dos maiores campos de concentração da Alemanha nazista, durante a Segunda Guerra Mundial, sendo impelida por um soldado a tomar uma escolha difícil: eleger qual dos seus dois filhos iria sobreviver. Caso ela não escolhesse, ambos iriam morrer na câmara de gás.” Disponível em: <https://fcmasantacasasp.edu.br/blog/escolha-de-sofia-e-covid-19-entenda-qual-e-a-ligacao/>. Acesso em: 20 out. 2022.

A falta de leitos gerou eutanásias, ortotanásias e distanásias, passa-se a expor o tratamento penal-jurídico. A eutanásia, como visto, subdivide-se em autônoma e heterônoma. Deve-se frisar que a eutanásia autônoma afigura-se no suicídio e, sob a perspectiva formal, constitui um indiferente penal. Isso denota que a legislação não compreende o acontecimento como infração. Beccaria discorre nesse sentido:

Suicídio é crime que parece não poder admitir pena, propriamente dita, pois ela só poderia incidir sobre inocentes, ou sobre o corpo frio e insensível. Se, neste último caso, a pena não há de impressionar os vivos mais do que o chicotear uma estátua, no primeiro caso, ela é injusta e tirânica, porque a liberdade política dos homens supõe necessariamente que as penas sejam estritamente pessoais.<sup>38</sup>

Há, sim, no ordenamento penal brasileiro o tipo penal descrito no artigo 122 do Código Penal como Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação. Cumpre mencionar que o agente (e *in casu* vítima) só resta punível no artigo 171, V, do Código Penal<sup>39</sup>, todavia sequer o bem jurídico tutelado é a vida nesse caso.

Ainda, pode-se falar em eutanásia solutiva, em que um terceiro auxilia o doente em vários aspectos, como psicológico, físico e moral, sem utilizar meios para abreviar a vida. Hipótese totalmente coadunada aos princípios paliativos como antes demonstrado.

Em se tratando de eutanásia resolutive, aquela que resulta na morte do adoentado, em suas três modais: libertadora, eugênica e econômica. A eutanásia libertadora adere ao tipo penal descrito no artigo

---

<sup>38</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. 2. ed. rev. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (RT textos fundamentais). p. 108.

<sup>39</sup> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:  
V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

121, §1.º, do Código Penal, como homicídio privilegiado, em relação ao delito de homicídio praticado quando o agente resta impelido de relevante valor social ou moral no qual está estritamente ligado a razões que tornam o agente deletério merecedor de uma pena menor.

Relevante valor moral aduz conquanto a um interesse individual, já o relevante valor social, por sua vez, está ligado a interesses coletivos, logo quando a motivação se fundamenta no interesse de todos os cidadãos de determinada coletividade.<sup>40</sup> Dessarte, o médico, profissional da saúde ou familiar que percebe seu paciente ou par agonizando recebe sanção penal de no mínimo 5 (cinco) anos.

Quanto ao homicídio eugênico, aquele causado em face de quem detém algum tipo de má-formação, deficiência, contagiosas ou crônicas, há que se falar em homicídio fútil, ou seja, desproporcional, ao passo que a conduta (se é plausível tal assertiva) do adoentado/paciente e a reação do homicida se demonstram inadequadas. Em relação à eutanásia econômica, precisa-se tratar que é homicídio torpe, eis que repugnante sequer se cogitar, pensar em ceifar a vida de outrem, evitando custos financeiros e cronológicos. Nas importantes lições de Luiz Régis Prado sobre as qualificadoras referidas:

O motivo fútil e o motivo torpe são circunstâncias agravantes que determinam maior gravidade da culpabilidade. Figuram, também, como circunstâncias qualificadoras do delito de homicídio (art. 121, § 2.º, I e II, CP). *Motivo fútil* é aquele insignificante, flagrantemente desproporcional ou inadequado se cotejado com a ação ou a omissão do agente. *Torpe* é o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte especial – crimes contra a pessoa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

<sup>41</sup> PRADO, Luiz Regis *et al.* **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 430.

No tocante à distanásia, encontra-se tipificada no homicídio qualificado pelo “meio cruel (fogo, explosivo, tortura). É aquele que causa, desnecessariamente, maior sofrimento à vítima, ‘ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade’ (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, n. 38).”<sup>42</sup> Há, aqui, inclusive que se falar em tortura, inflição de suplícios ou tormentos que obrigam a vítima a sofrer inutilmente antes da morte. A ortotanásia retira tempo de vida oferecendo qualidade de vida; a distanásia retira qualidade de vida oferecendo tempo de vida. O tempo tratado pela distanásia é diacrônico, não sincrônico.

Cumprido frisar que, ao retardar a morte de alguém por tratamento ineficaz e sem possibilidade de reversão, expõe a vítima a sofrimento deveras superior ao que o próprio óbito naturalístico lhe resultaria. Merecendo, portanto, reprimenda maior.

Por fim, a ortotanásia, dogmaticamente, poderia ser punível no tipo penal do homicídio privilegiado, pelo seu cometimento omissivo, na forma do artigo 13, §2.º, do Código Penal. Tendo em vista que o modelo penal ordena, implicitamente, atuar, pune-se, então, a não realização de uma ação que o sujeito podia realizar na situação em que se encontrava.<sup>43</sup>

Todavia, deve-se frisar que precisa haver capacidade real e possível de reverter o quadro patológico do paciente. Há, portanto, que se falar em inexigibilidade de conduta diversa por parte do médico. Diversa é a lógica na ortotanásia: já não há o que ser feito, apenas se busca evitar o segundo mal, o sofrimento excessivo.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 276-277.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 322 e 323.

<sup>44</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 323.

No caso do doente terminal, em face a doença incurável, os aparelhos de suporte são ligados ou mantidos não para evitar a morte, que é inevitável, irreversível e inexorável, mas, sim, para manter a vida artificialmente. A vida, nessa situação, mantida por aparelhos (ventilação assistida, reanimadores, tratamento em UTI), não é um dado da realidade, mas mero artifício. O médico não pode evitar a morte. A situação é irreversível e não é transitória. Os procedimentos e tratamentos não têm sentido curativo. Portanto, não há dever de manutenção desses procedimentos e não se pode dizer que o médico deu causa a morte do paciente quando os suspendeu ou limitou.<sup>45</sup>

Entretanto, ainda que tramite o PLS 88/2020, a ortotanásia ainda não foi elevada ao patamar legal, mas é regulada na Resolução 1.805, de 2006, do Conselho Federal de Medicina, a qual no artigo 1.º descreve que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.<sup>46</sup>

Todavia, o Ministério Público Federal judicializou essa resolução. Após quatro anos tramitando, o *Parquet* pediu a improcedência da demanda, tornando efetiva a medida para permitir a ortotanásia no Brasil.<sup>47</sup> Cumpre mencionar, para fins do presente trabalho, que Foucault indicava um fenômeno inerente ao desenvolvimento dos Estados

---

<sup>45</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. In: MORITZ, Rachel Duarte (org.). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Câmara técnica sobre terminalidade da vida e cuidados paliativos do Conselho Federal de Medicina, Brasília: CFM, 2011. p.175 Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>46</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n.º 1.805/2006**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm). Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>47</sup> BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n.º 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia. Ação civil pública julgada improcedente. Relator: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 de dezembro de 2010, sentença. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>

modernos: a tomada do biológico pelo poder. Se o poder soberano se caracterizava por *deixar viver* e *fazer morrer*, a biopolítica se expressa por *fazer viver* e *deixar morrer*.<sup>48</sup> Não nos moldes de Foucault, mas poder permitir a decisão por quem detém o sofrimento é, sem embargo, processo singular na *antidocilização* de corpos.

#### 4 DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA APLICAÇÃO DOS CUIDADOS PALIATIVOS E EVENTUAL EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA

Para além da tipificação de delitos, a temática do presente artigo adere a outro instituto penal: o garantidor disposto no artigo 13, § do Código Penal. O garantidor é quem I- tenha estipulada por força legal o seu dever de vigilância e segurança (na casuística, o parente ou responsável pelo enfermo); II- de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.<sup>49</sup>

Os crimes omissivos impróprios são somente formas de conduta a fim de alcançar um resultado previsto em um crime comissivo, ou seja, o tipo descreve uma conduta comissiva, de fazer, no entanto ocorre o resultado, pois o sujeito que tinha o dever de evitá-lo, não o impediu. Juarez Tavares inclui o problema da expansão dos delitos omissivos impróprios à lógica e à metafísica.<sup>50</sup>

Será necessária, contudo, a presença de alguns pressupostos, conforme elenca Cezar Bitencourt: I. poder agir; II evitabilidade do resultado; e III dever de impedir o resultado.<sup>51</sup> Dito isso, expõe-se que

---

<sup>48</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p. 127.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 488.

<sup>50</sup> TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria dos crimes omissivos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.19.

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 310.

figuram como garantidores do enfermo, o médico, assim responsável, e a família do enfermo. Por fim, não há que se falar em coautoria, mas autoria individual de ambos, eis que cada qual, sob o prisma de seu dever de agir, responde pela conduta perpetrada.<sup>52</sup>

Diante do exposto, deve-se frisar que equiparar *ação* e *omissão* a quem não deu causa primária, oriunda da Teoria da Equivalência dos Antecedentes, não há causa da morte na interrupção do sofrimento conquanto há falar-se em eutanásia autônoma resolutiva libertadora ou ortotanásia, uma vez que o resultado morte ocorreria ainda que não houvesse a conduta final omissiva no tratamento curativo ou ativa no tratamento paliativo. A *conditio sine qua non*, dar-se-ia preteritamente à conduta do garantidor.

Outra problemática representativa ao presente debate concerne à diretiva antecipada de vontade (DAV), na qual se expressa a forma de tratamento desejada (paliativa, curativa e/ou finalisticamente resolutiva). Tal instrumento de manifestação de vontade, cumpre salientar, não cabe apenas a pacientes terminais, sobretudo a qualquer um. Busato e Cesto discorrem, na obra *A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos*, que:

Assim, é discutível o quanto, num Estado Democrático de Direito há espaço para uma interpretação em que a titularidade da vida de um indivíduo seria do Estado ou compartilhada por ele e na qual o indivíduo é coibido a continuar vivendo mesmo contra seu desejo, sob a justificativa de ter que cumprir um dever para com o Estado, uma função social.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos**: implicações penais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 92.

<sup>53</sup> BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos**: implicações penais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 36.

Ainda, cumpre mencionar a Resolução n.º 41, de 31 de outubro de 2018, do Ministério da Saúde: “4º, XII - promoção da livre manifestação de preferências para tratamento médico através de diretiva antecipada de vontade (DAV)”. Nesse diapasão, como referido, fala-se em livre manifestação de vontade. Livre, portanto, de qualquer tipo de coação e coerção em sua expressão, conforme regulamentação pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.<sup>54</sup>

Todavia, conforme Busato e Cesto tratam, oportunamente, *em manifestação de vontade dos familiares e presunção de vontade*. Sobre a possibilidade de a família responder pelo indivíduo, observam que devem ser primadas na tomada de decisão as vontades preestabelecidas pelo enfermo, bem como suas circunstâncias, as condições pessoais, sociais e, inclusive, metafísicas.<sup>55</sup>

Ademais, é mister frisar a presunção de vontade propriamente dita. Busato e Cesto citam Roxin para fins de análise da tal presunção de desejo os valores retrocitados (sociais, pessoais, morais e metafísicos) pela sua vida pregressa. Todavia, deveras temerário presumir vontade quando a consequência de extrair a vida é irreversível.<sup>56</sup> De tal modo, a eutanásia heterônoma resolutiva eugênica afigura-se quando ausente a expressa manifestação de vontade pretérita. Logo, não há como se presumir a vontade de morrer.

Noutro lado, o paternalismo jurídico direto, segundo Schunemann, afigura-se no uso de reprimendas penais para criminalizar aquele que lesiona unicamente a si mesmo ou que comete a tentativa

---

<sup>54</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1995/2012 do CFM**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>55</sup> BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos**: implicações penais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 91.

<sup>56</sup> BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos**: implicações penais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 93.



de autolesionar-se. Conquanto ao paternalismo jurídico indireto se o direito pune a lesão no qual a vítima consente.<sup>57</sup>

Há aqui que se falar em *harm principle* no direito americano, ou alteridade no direito brasileiro. Cumpre expor as duas conotações do *harm*: um não normativo, ao qual apenas se afigura num oposto aos interesses do prejudicado; e um normativo, em que *harm* é o tipo em si. O *Harm Principle* combina elementos-chave dos dois significados, ou seja, para causar dano a outra pessoa, deve-se contrariar, impedir ou anular seus interesses de uma forma que viole seus direitos.<sup>58</sup>

Complementa Feinberg que o Estado deve gerir o *welfare state*, questionando se pode uma pessoa ter um interesse de bem-estar lesado mesmo que com seu expresso e livre consentimento. Argumenta que não, e o faz através do princípio *volenti non fit injuria*, que traduz como “para aquele que consente não há lesão”. Tal discussão dar-se-á então na esfera da autonomia e voluntariedade do consentimento. Só a partir daí será possível o uso do *Harm Principle* como legitimador da intervenção.<sup>59</sup> Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangelli oferecem a seguinte argumentação:

[...] seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se

---

<sup>57</sup> **A crítica ao paternalismo jurídico-penal:** um trabalho de Sísifo? Original: Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?, in: v. hirsch/neumann/seeL-mann (coords.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, p. 221 e ss. Tradução de Luís Greco, anteriormente publicada em **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. 58 fasc. 232 (2009), p. 107 e ss.

<sup>58</sup> FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 245.

<sup>59</sup> FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 42.

pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que nisso violente a sua esfera de autodeterminação.<sup>60</sup>

Portanto, aqui, conclui-se que, ante a autodeterminação, e manifestação expressa da vontade, não há nem pode haver proibição quanto à extração da própria vida e a disponibilidade sobre ela. Ferrajoli ainda dispõe em dois de seus axiomas que *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* e *Nulla necessitatis sine injuria*, quanto aos princípios da necessidade ou de economia do Direito Penal e da lesividade ou ofensividade do ato.<sup>61</sup>

Princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal: significa que não deve haver lei penal sem que haja necessidade no sentido de que o Direito Penal, enquanto *ultima ratio*, deve aparecer apenas quando não há outra forma de resolução do conflito. Por sua vez, o princípio da lesividade ou ofensividade do ato se traduz na ideia de que nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie um conflito jurídico entendido, como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo.<sup>62</sup>

Todavia, por mais petulante que possa parecer, é divino o sofrimento para prolongar a vida? A questão não tem resposta objetiva e geral para se aplicar. Tanto isso, pelo seu julgado não definitivo, que não pode ser mandamento penal punitivo, calcado na cultura de *uns* sobre *outros*. Quintana Arantes em sua práxis médica dispõe que:

Nenhuma religião pode impedir a presença da morte. Nenhum Deus, católico, evangélico ou de qualquer outra religião, pode impedir que o corpo humano acabe. Quando falo sobre espiritualidade para plateias religiosamente hostis, a indignação é

---

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 415

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 93

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 851-853.

clara: “como assim? Como as pessoas podem morrer bem sem acreditar em Deus?”<sup>63</sup>

Em relação à cultura, diversas nações descriminalizaram a conduta da eutanásia. A Holanda foi precursora, tendo aprovado a lei que a regulamenta em 2001, entrando em vigor no ano seguinte, junto com a Bélgica. A eutanásia constitui tema deveras polêmico, inclusive havendo plebiscito no qual aproximadamente 90% da população holandesa aceitava a prática.<sup>64</sup>

Já em relação à Bélgica, a eutanásia foi legalizada em 2002, vigendo no mesmo ano, e em 2014 deixou de estabelecer o critério etário para a aplicação em estado terminal e de constante e insuportável sofrimento. Em 2009 legislação parecida foi aprovada em Luxemburgo.<sup>65</sup>

Não se deve confundir as práticas do suicídio assistido com a ortotanásia, visto que a primeira dá, efetivamente, causa à morte, ainda que esta seja iminente. Na ortotanásia tão somente se falará em interrupção de tratamento fútil, portanto conduta negativa. O suicídio medicamente assistido é procedimento descriminalizado na Holanda, Luxemburgo, Suíça, Canadá e em quatro estados norte-americanos (Oregon, Washington, Montana e Vermont).<sup>66</sup> Aqui, o profissional da saúde receita a droga e o paciente a aplica.

Recentemente, em 2001, a Espanha despenalizou a eutanásia desde que se sofra de uma doença grave e incurável ou de um quadro gra-

---

<sup>63</sup> ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019. p. 118.

<sup>64</sup> SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? **Rev. bioét.** (Impr.), 2015. p. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233084>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>65</sup> SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? **Rev. bioét.** (Impr.), 2015. p. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233084>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>66</sup> SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? **Rev. bioét.** (Impr.), 2015. p. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233084>. Acesso em: 18 out. 2022.

ve, crônico e incapacitante que cause “sofrimento intolerável”.<sup>67</sup> Na América Latina, o caso da Colômbia merece destaque:

A Colômbia é o único país da América Latina onde a eutanásia é permitida. Embora tenha sido descriminalizada em 1997 pelo Tribunal Constitucional, somente em abril de 2015 o Ministério da Saúde definiu como poderia ocorrer. Até essa data era classificada como “homicídio por piedade” de acordo com o artigo 326 do Código Penal, e a falta de critérios bem estabelecidos para sua realização, somados à legislação controversa, gerava ambiguidade, conflitos de interpretação e incertezas sobre o assunto.<sup>68</sup>

O vizinho fronteiriço brasileiro, Uruguai, vanguardista em diversos temas jurídicos, dispõe sobre eutanásia em seu Código repressivo como “homicídio piedoso”, havendo, inclusive, possibilidade exculpante deletéria. Esta legislação uruguaia possivelmente seja a primeira regulamentação nacional sobre o tema.<sup>69</sup> Inclusive, com relevantes debates sobre sua despenalização, com a eutanásia sendo “habilitado para pessoas maiores de idade, mentalmente aptas, que sofram de “uma ou mais patologias ou condições de saúde crônicas, incuráveis e irreversíveis”.<sup>70</sup>

Portanto, mundo afora (ou ao lado) debate-se a eutanásia, popularmente conhecida, e demais formas de interrupção da vida. Pelo pre-

---

<sup>67</sup> BENTO, Emilio de. Espanha aprova a lei da eutanásia e se torna o quinto país do mundo a regulamentá-la. **El país**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedade/2021-03-18/espanha-aprova-a-lei-da-eutanasia-e-se-torna-o-quinto-pais-do-mundo-a-regulamenta-la.html>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>68</sup> RUCKL, Sarah, Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/DvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>69</sup> GOLDIM, José Roberto. **Breve história da eutanásia**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>70</sup> CARTA CAPITAL. **Deputados uruguaios aprovam projeto para legalizar a eutanásia**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/deputados-uruguaios-aprovam-projeto-para-legalizar-a-eutanasia/>.

sente trabalho, de forma alguma, tentou-se banalizar a vida, sobretudo, objetivou-se humanizar a morte, algo inerente ao ser vivo. “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca como meio.”<sup>71</sup> Talvez, pela deontológica kantiana em seus imperativos categóricos, haja espaço para, pelo menos, repensar a imposição da vida.

## 5 CONCLUSÃO

A práxis no âmbito da saúde durante a pandemia de Covid-19 provocou a inquietação acerca da “escolha de Sofia”. A eutanásia, distanásia e ortotanásia entraram no *mercado* antes de serem pensadas em seu *projeto*. O presente artigo tem dois objetivos centrais: exposição e explicação multidisciplinar, sobretudo jurídica, sobre a relação, recepção e reação sobre os cuidados paliativos, ortotanásia, eutanásia e distanásia, bem como provocar o debate sobre a latente temática.

Antes e sobretudo, tem-se a ótica de que a vida é bem jurídico *inviolável*, mas que deve poder ser disponível a seu detentor. Não se pode olvidar que a análise sobre o bem jurídico vida (e sua consequente imposição) não se aparta dos demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, alteridade e, sobretudo, liberdade.

O primeiro capítulo conceituou os institutos referidos e posteriormente trouxe as recepções jurídicas a cada qual. As conclusões são de que a eutanásia heterônoma econômica, eugênica e a distanásia encontram-se na legislação penal brasileira como homicídio torpe, fútil e sob emprego de meio cruel.

Em relação à aplicação de cuidados paliativos e eutanásia heterônoma não resolutiva, deve-se frisar que são atípicas as condutas.

---

<sup>71</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 69.

*Nullum crimen nulla poena sine legge*. Já a eutanásia salvadora resta tipificada como homicídio privilegiado pelo relevante valor moral e/ou social. Todavia, como visto, é opinado que pela Diretiva Antecipada de Vontade possa se dispor de tal premissa, a fim de permitir a autodeterminação sobre sua vida, por óbvio, sem qualquer coação ou coerção.

Ademais, a ortotanásia não apresenta problemas legais complexos, mas sua patologia está na ausência de cultura e sobra de preconceito sobre sua prática. Situando-se, por vezes, num humanismo egoístico pelo garantidor (principalmente se detentor de relação afetiva com o enfermo), que seus sofrimentos sejam majorados desnecessariamente. Parafraseando Han, a algofobia na casuísta não é da vítima propriamente dita, e sim do par que não sabe lidar com a iminente ausência de seu ente.

Como reiterado, objetivou-se trazer pontos de debate para a sociedade e apresentação de perspectivas mundo afora para fins comparativos. Não se visou, de forma alguma, banalizar a vida ou diminuir seu valor, mas sim equacionar o menor sofrimento possível àqueles transeuntes da vida ao óbito. Dispor sobre a qualidade da morte é, antes e sobretudo, um ato de humanidade.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004. v.1.

ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. Parecer de 5 de abril de 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. 2. ed. rev., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (RT textos fundamentais).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal – parte especial – crimes contra a pessoa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-Lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Presidência da República, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-Lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del3689.htm). Acesso em: 19 out. 2022.

BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

CARTA CAPITAL. **Deputados uruguaios aprovam projeto para legalizar a eutanásia**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/deputados-uruguaios-aprovam-projeto-para-legalizar-a-eutanasia/>.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

D’ALESSANDRO, Maria Perez Soares et al. **Manual de Cuidados Paliativos**. São Paulo: Hospital SírioLibanês; Ministério da Saúde, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdade individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FAVARIM, Aline Mendes. Eutanásia: algumas considerações. **Rev Sorbi**, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.18308/2318-9983.2014v2n2.34>. Acesso em: 19 out. 2022.

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 22. reimpr. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. 20. ed. São Paulo: Vozes, 1999.

FREUD, Sigmund. Além do princípio do prazer. *In*: FREUD, Sigmund. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**, vol. 18. Rio de Janeiro: Imago, 1976. (Trabalho original publicado em 1920).

FREUD, Sigmund. Totem e tabu (1912-1913). *In*: FREUD, Sigmund. **Obras completas** v. 11. Totem e tabu, Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos Tradução e notas: Paulo César de Souza. São Paulo: Imago, 2012.



FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão. O mal-estar na civilização e outros trabalhos.** Volume XXI (1927-1931). Traduzido do alemão e do inglês, sob direção de Jayme Salomão. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago

GOLDIM, José Roberto, **Breve história da eutanásia.** Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço.** Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade paliativa: a dor hoje.** Trad. Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e o tempo.** Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 1992.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MATSUMOTO, D. Y. Cuidados Paliativos: conceito, fundamentos e princípios. *In: ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (org.). Manual de cuidados paliativos.* Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009.

PRADO, Luiz Regis et al. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

RUCKL, Sarah, **Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN>. Acesso em: 21 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHUNEMANN, Bernd. **A crítica ao paternalismo jurídico-penal**: um trabalho de Sísifo? Trad. de Luís Greco. Revista Brasileira de Filosofia vol. 58 fasc. 232 (2009).

SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? **Rev. bioét.** (Impr.), 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233084>. Acesso em: 18 out. 2022.

TAVARES, Juarez. **Doutrinas essenciais do Direito Penal**: critérios de seleção de crimes e cominação de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria dos crimes omissivos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. In: MORITZ, Rachel Duarte (org.). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Câmara técnica sobre terminalidade da vida e cuidados paliativos do Conselho Federal de Medicina, Brasília: CFM; 2011. P.175 Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **OMS Definição de cuidados paliativos**. 2002. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# A prova de reconhecimento facial e sua legitimidade ante a possibilidade de violação da dignidade humana e direitos fundamentais

*Isadora Leitão Wild Santini Picarelli*

## RESUMO

O artigo visa abordar a possibilidade de uso de reconhecimento facial no Setor Público, principalmente no âmbito penal, para fins de segurança pública. A tecnologia de reconhecimento facial pode ser entendida como uma vigilância em massa pelo poder estatal. O reconhecimento facial poderia ser capaz de violar liberdades individuais e direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, ao ser usada para identificação de possíveis suspeitos de atos ilícitos em locais públicos, bem como violação ao direitos de privacidade e proteção dos dados pessoais. **Palavras-chave:** Reconhecimento facial. Proteção dos dados. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The article pretends to talk about facial recognition by the Public authority, especially in criminal law, to use in public security. The technology in facial recognition can be interpreted as mass surveillance by the government. Facial recognition can be able to violate individual freedoms and fundamental rights, like the presumption of innocence, because facial recognition can be used to identify possible suspects of crimes in public locals, as well as violate privacy rights and personal information.

**Keywords:** Facial recognition. Personal information. Fundamental rights.

## SUMÁRIO

1. A importância da prova no processo penal. 2. A prova de reconhecimento facial e sua eficácia e legitimidade como prova no inquérito policial e processo penal. 3. Da aplicação da Lei de Proteção Geral de Dados, na proteção da dignidade da pessoa humana.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa ao breve estudo sobre a legitimidade do uso de reconhecimento facial como prova no processo penal. O reconhecimento facial é uma ferramenta que utiliza parâmetros biométricos, em um sistema, um software, capaz de identificar ou verificar uma pessoa, analisando formas, cores, proporções do rosto e seus contornos, por meio de algoritmos e banco de dados, a fim de identificar pessoas de forma rápida e prática.

O uso do reconhecimento facial está sendo expandido para o âmbito penal, sendo implementado aos poucos pelo Poder Público, gerando receios por meio da sociedade sobre a proteção dos dados, transparência sobre as informações coletadas e o protocolo de uso das informações obtidas.

O texto pretende, em breves linhas, revisar o conceito de bens jurídicos, a fim de buscar ressaltar a importância da proteção estatal para a segurança coletiva da sociedade civil, e relacionar esse conceito com a nova tecnologia de reconhecimento facial para uso em segurança pública. Poderia o Estado utilizar-se desse meio tecnológico, a fim de promover segurança coletiva? E sendo utilizada a ferramenta, que possui potencial de causar danos aos direitos de privacidade individual, coletiva e dos dados pessoais sensíveis, essa ferramenta é possível ser utilizada pelo Estado? Pois na busca por pessoas suspeitas ou foragidas, se cadastram moldes faciais dos cidadãos, sendo vigiados em massa pelo Estado, que irá procurar na multidão um ou outro ros-

to, mas precisará ter um banco de dados. Assim, o texto procura promover a discussão sobre o uso do reconhecimento facial no processo penal, e se o uso pelo Poder Estatal pode violar direitos fundamentais individuais e coletivos.

## **1 A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

O processo penal, por meio da instrução probatória, visa à reconstrução dos fatos ocorridos em um caso de ato ilícito, e, com as informações probatórias, é dado andamento para a instauração do processo penal. Existem dois sistemas processuais penais: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. No primeiro, inquisitório, a gestão da prova é administrada pelo magistrado, que tem concentração de poder, já que investiga e julga o acusado. O sistema acusatório, por sua vez, separa as funções de investigar e de julgar, onde “há uma nítida separação de funções, que são atribuídas a pessoas distintas”.<sup>1</sup> Diferente do sistema inquisitório, o acusatório busca garantir os direitos fundamentais e os direitos processuais penais em primeiro lugar, evitando que o conjunto probatório seja elaborado de forma arbitrária e parcial. No sistema acusatório, o juiz é um ator processual passivo, não cabendo o papel da acusação e da produção de provas, devendo atuar com inércia jurisdicional e ser somente o destinatário da prova. A gestão da prova cabe ao Ministério Público e às partes interessadas, e ao magistrado cabe a atuação com imparcialidade nas suas decisões, respeitando e efetivando as garantias dos direitos fundamentais e dos direitos processuais penais. No sistema penal, o inquérito policial é um método de investigação dentro da fase pré-processual, no qual se busca a apuração dos fatos para constatar se existem indícios para a propositura da ação penal.

---

<sup>1</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.102.

Assim, o inquérito policial não integra o processo penal, eis que é considerado um procedimento administrativo, o qual não tem todas as garantias processuais (como contraditório), pois o indivíduo é o objeto da investigação. Importante frisar que outras garantias devem ser observadas, como a imparcialidade das autoridades policiais na busca dos fatos, pois o inquérito policial não é um instrumento de acusação, e sim uma investigação preliminar para colher elementos de informação acerca da autoria e materialidade da infração.

Com o inquérito policial findo, o Ministério Público tem atribuição privativa de acusação, e deve decidir pelo oferecimento da denúncia ou arquivamento. Na fase acusatória, “o ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva”,<sup>2</sup> e deverá ter garantias processuais de ampla defesa e contraditório, em nome da dignidade da pessoa humana.

No processo penal, a prova é o termo para os elementos de informação que foram submetidos ao contraditório e ampla defesa das partes, devendo ser produzido na fase judicial. Possuem maior valor probatório do que os elementos colhidos no inquérito policial, que não observam o contraditório.

O Brasil, no tocante à valoração da prova no processo penal, adota a teoria do livre convencimento do magistrado, conforme estipula o artigo 157 do Código de Processo Penal. Logo, “o juiz valora livremente, da forma que melhor entender, as provas colhidas durante a instrução criminal e a partir dessa valoração forma o seu convencimento, devendo, após, demonstrar explicitamente as razões de sua escolha”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 296.

<sup>3</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. **Revista de Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 39, p. 109-123, 2013. p. 118. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1749/1446>. Acesso em: 6 nov. 2021.

Assim, o magistrado tem livre convencimento para a apreciação das provas, com o dever de fundamentação com base nos elementos dos autos, já que a prova é produzida tanto para o juiz, que decidirá o caso, como para posteriormente, no processo penal, poder ser valorada por outros magistrados.

As provas, para serem avaliadas, devem ter sido produzidas de forma legal (Artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal), sendo admitidas nos autos de acordo com as normas jurídicas e garantias do processo penal. No inquérito policial, as provas têm “limitada eficácia probatória”,<sup>4</sup> tendo em vista o caráter inquisitório do inquérito penal, com ausência de ampla defesa e contraditório. Assim, as provas produzidas na fase investigativa devem ser produzidas novamente no processo judicial para terem validade, pois serão submetidas ao crivo do contraditório. Contudo, depende de a prova ser repetível ou não na fase processual. Provas que não podem ser repetidas, pois os vestígios desapareceram no plano fático, são admitidas sem necessitar renovação probatória no âmbito do processo judicial. Nos casos em que se necessita da produção de provas urgentes, como as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, é preciso autorização judicial para deferir a produção da prova. Nesses casos, as provas possuem contraditório diferido, pois podem as partes interessadas se manifestar posteriormente a sua produção. Ainda, as provas produzidas sem o contraditório e colhidas na fase investigativa não podem ser o único elemento para fundamentar a decisão do juiz, devendo ter um maior conjunto probatório para motivar a decisão e formar a convicção do juízo.

Gustavo Badaró conceitua que a prova no processo penal “é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real.”<sup>5</sup> Já a

---

<sup>4</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>5</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 159.

instrução probatória permite uma verdade aproximada dos fatos, nunca uma certeza absoluta.

Logo, na busca da reconstrução mais próxima dos fatos, as provas possuem graus, determinados pelos meios de prova na instrução processual, onde o juiz poderá concluir a probabilidade ou não da ocorrência de um fato típico penal, com indícios de autoria e materialidade.

A prova, na fase processual, possui a garantia do contraditório e da ampla defesa dos acusados, garantindo que a defesa possa contradizer fatos e provas no processo penal. Além do direito de contraditório e ampla defesa, também existe o direito ao silêncio (Artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal e parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal) e presunção de inocência (Artigo 5.º, inciso LVII, Constituição Federal), ambos garantindo proteção aos direitos fundamentais do indivíduo acusado, de não se autoincriminar e não ser considerado culpado até o trânsito em julgado.

## **2 A PROVA DE RECONHECIMENTO FACIAL E SUA EFICÁCIA E LEGITIMIDADE COMO PROVA NO INQUÉRITO POLICIAL E PROCESSO PENAL**

A prova de reconhecimento de pessoas no processo penal é válida para comprovar a autoria delitiva, e está prevista nos artigos 226 e 228 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>, com descrição de como deverá ser dado o procedimento.

Inicialmente, é feita uma descrição do suspeito, de acordo com informações dadas pela vítima ou testemunha. O inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal<sup>7</sup> orienta que a pessoa cujo reconheci-

---

<sup>6</sup> SARAIVA. **Minicódigo Saraiva**: Processo Penal, Constituição Federal e legislação complementar. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56-57.

<sup>7</sup> SARAIVA. **Minicódigo Saraiva**: Processo Penal, Constituição Federal e legislação complementar. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56-57.



to se pretender será colocada ao lado de outras pessoas semelhantes, para que quem tiver que fazer o reconhecimento possa apontar para o suspeito do crime. Após o reconhecimento, é lavrado um ato pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa que reconheceu e por outras duas testemunhas.

Com o avanço das inovações tecnológicas, surge o mecanismo do reconhecimento facial, que utiliza técnicas de computação para identificar um rosto humano, e os dados ficam armazenados em um banco de dados, para identificação e aprimoramento dos algoritmos programados para o uso da ferramenta.<sup>8</sup>

O reconhecimento facial é um instrumento de identificação biométrica, em que “software utilizado mapeia de forma matemática os traços e espaços existentes em diferentes imagens digitais de uma mesma pessoa, comparando-as por meio de algoritmo, de forma a afirmar/negar sua identidade”.<sup>9</sup> Esse mapeamento é orientado por parâmetros, para identificar pessoas em diferentes ângulos, expressões e posições, e tais informações ficam salvas em um banco de dados.<sup>10</sup>

É uma ferramenta que funciona por meio da “utilização de um sistema computadorizado mediante o qual, recorrendo-se a um banco de dados, consegue-se acessar o histórico do indivíduo (profissão, estado civil, antecedentes, etc.) que teve a imagem da face capturada pela câmera de vigilância”<sup>11</sup>, e ainda “analisar diversas características do rosto

---

<sup>8</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2020. ISSN 2359-0998. p. 5. Disponível em: <https://igarape.org.br/regulacao-do-reconhecimento-facial-no-setor-publico/>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>9</sup> ROSA, Alexandre Morais da; BERNARDI, Sarah Di. Quando o reconhecimento facial chega ao processo penal. *Limite Penal*, **Conjur**, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-03/limite-penal-quando-reconhecimento-facial-chega-processo-penal>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>10</sup> ROSA, Alexandre Morais da; BERNARDI, Sarah Di. Quando o reconhecimento facial chega ao processo penal. *Limite Penal*, **Conjur**, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-03/limite-penal-quando-reconhecimento-facial-chega-processo-penal>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>11</sup> ZUCCHETTI FILHO, Pedro. Reconhecimento facial: compreendendo os limites de uso. Opinião,

gravado/fotografado (a distância entre os olhos, o tamanho do nariz e da boca, a linha da mandíbula, dentre outras).

Essas informações se transformam em um algoritmo, um número (tornando-se a identidade biométrica da pessoa)<sup>12</sup>. Assim, o reconhecimento facial começou a ter seu uso expandido na sociedade civil pela praticidade em identificar pessoas rapidamente por meio de banco de dados de imagens e algoritmos.

O reconhecimento facial já está sendo utilizado em companhias aéreas, para facilitar o check-in, como na Gol, que oferece o serviço “Selfie Check-In”<sup>13,14</sup> desde 2017, e a empresa Qantas, que já realizou testes em aeroportos na Austrália e atualmente está permitindo o check-in por meio de reconhecimento facial a alguns usuários, no aeroporto Los Angeles World Airports . Segundo a companhia, se o usuário possui dados e fotos registradas na alfândega e na imigração americana, o reconhecimento facial irá utilizar os dados para realizar o check-in do voo.<sup>15</sup>

Ainda, o uso do reconhecimento facial no âmbito do processo penal pode ser aplicado para identificação de suspeitos, imigração ilegal, tráfico de pessoas e auxílio na localização de pessoas foragidas da Justiça, dentre outras possibilidades, que visam, principalmente, auxiliar na prevenção ao crime para proporcionar maior eficiência no policiamento urbano das cidades.

---

**Conjur**, 26 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/opiniao-reconhecimento-facial-compreendendo-limites-uso>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>12</sup> ZUCCHETTI FILHO, Pedro. Reconhecimento facial: compreendendo os limites de uso. Opinião, **Conjur**, 26 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/opiniao-reconhecimento-facial-compreendendo-limites-uso>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>13</sup> YOUTUBE. GOL SELFIE CHECK-IN. Gol Linhas Aéreas Inteligentes, **YouTube**, 23 jul. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PQWVO38dW8Y>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>14</sup> GOL. **Como fazer check-in**. Disponível em: <https://www.voegol.com.br/informacoes/como-fazer-check-in>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>15</sup> QANTAS. **Facial recognition**. Disponível em: <https://www.qantas.com/au/en/travel-info/travel-advice/facial-recognition.html>. Acesso em: 30 out. 2021.

O instrumento já está sendo implementado no país,<sup>16</sup> inclusive por autoridades públicas, em nome da segurança pública. Por exemplo, a Receita Federal já utiliza o instrumento “para combater evasão fiscal, crimes tributários e entrada de produtos ilícitos nos aeroportos internacionais”.<sup>17</sup> Além do objetivo de garantir a segurança pública, o reconhecimento facial pode ser admitido por outras razões, como pela proteção da vida, prevenção e detecção de crimes, proteção dos direitos individuais, coletivos e fundamentais.

Entretanto, por outro lado, se debate sobre o risco de o uso de reconhecimento facial ser uma vigilância em massa, ferindo liberdades individuais, como o direito à privacidade, proteção de dados e presunção de inocência. Por isso, o uso é restrito, conforme o caso concreto, para atender as finalidades propostas de promover segurança nacional, evitando ferir direitos individuais, como a privacidade e consentimento do titular no uso de dados pessoais.

No Reino Unido, “o uso dos sistemas de reconhecimento facial só pode ocorrer quando sua finalidade não puder ser alcançada por outros meios”.<sup>18</sup> Para fins de promover segurança do acesso e uso dos dados, o país possui uma estrutura administrativa por meio de cadeia de responsabilidade das decisões que determinam o que será gravado e como irá ser a utilização dos dados obtidos. Essa cadeia hierárquica de decisões visa a proteger os dados pessoais dos titulares, pois vários

---

<sup>16</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2020. ISSN 2359-0998. p. 2. Disponível em: <https://igarape.org.br/regulacao-do-reconhecimento-facial-no-setor-publico/>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>17</sup> CRUZ, Renato. Start Eldorado: Como a Receita Federal usa o reconhecimento facial. **Start Eldorado**, 30 jun. 2018. Disponível em: <https://www.inova.jor.br/2018/06/30/start-eldorado-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>18</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2020. ISSN 2359-0998. p. 7. Disponível em: <https://igarape.org.br/regulacao-do-reconhecimento-facial-no-setor-publico/>. Acesso em: 30 out. 2021.

servidores fiscalizarão se o uso seguirá o protocolo adequado de segurança dos dados pessoais dos titulares.

Ainda, é determinado que se deve ter intervenção humana para o uso dos dados obtidos por meio do reconhecimento facial, não podendo ser somente por inteligência artificial, e assim os dados somente podem ser acessados por meio de criptografia, senha e registro de acesso dos dados.<sup>19</sup>

Nos Estados Unidos, existe o receio de que o uso de reconhecimento facial possa ferir o direito à privacidade, liberdade de expressão e devido processo legal, visto que o reconhecimento facial inverte “o princípio da presunção de inocência ao tratar todos os cidadãos como suspeitos potenciais”.<sup>20</sup> Outrossim, “dada a elevada quantidade do número de rostos nessas bases de dados, e tendo em conta que muitas pessoas se assemelham, elevadas são as possibilidades de o sistema identificar rostos similares, havendo sério comprometimento do nível de acurácia”<sup>21</sup>. Assim, nos Estados Unidos, se entende que a ferramenta pode apresentar falhas, e demonstrar desigualdades, principalmente no tocante a falhas relacionadas a gênero, raça e idade.

No Brasil, a regulamentação é em nível estadual, pois ainda não existe uma legislação em nível federal. No momento, tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei para a criação do Marco Regulatório para Inteligência Artificial (PL21/2020),<sup>22</sup> tendo como um dos

---

<sup>19</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2020. ISSN 2359-0998. p. 7. Disponível em: <https://igarape.org.br/regulacao-do-reconhecimento-facial-no-setor-publico/>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>20</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2020. ISSN 2359-0998. p. 10. Disponível em: <https://igarape.org.br/regulacao-do-reconhecimento-facial-no-setor-publico/>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>21</sup> FILHO, Pedro Zucchetti. Reconhecimento facial: compreendendo os limites de uso. Opinião, **Conjur**, 26 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/opiniao-reconhecimento-facial-compreendendo-limites-uso>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 21/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 31 out. 2021.

princípios de uso responsável da inteligência artificial, a transparência sobre uso e funcionamento dos sistemas de inteligência artificial e segurança quanto à utilização de medidas técnicas e administrativas, compatíveis com os padrões internacionais, aptas a permitir a funcionalidade e o gerenciamento de riscos dos sistemas de inteligência artificial.

Ainda, o projeto prevê que é direito das partes interessadas no sistema de inteligência artificial, o acesso a informações claras e completas sobre o uso, pelos sistemas, de seus dados sensíveis, conforme disposto no art. 5.º, II, da Lei n.º 13.709, de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. Por fim, o parágrafo único do artigo 12 do Projeto de Lei n.º 21/2020 prevê que o Poder Público promoverá a gestão estratégica e orientações quanto ao uso transparente e ético de sistemas de inteligência artificial no setor público.

O uso de reconhecimento facial pode violar direitos individuais, pois se trata de uma ferramenta potencialmente danosa, sendo necessário garantir a segurança dos dados e privacidade das pessoas, e sobre como será realizado o procedimento do reconhecimento facial. Na esfera estadual, existem regulamentações sobre o uso do reconhecimento facial, nos estados do Ceará, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Alagoas.

A Lei n.º 16.873/2019,<sup>23</sup> no Ceará, prevê o uso de equipamento de videomonitoramento facial, para vigiar a entrada nas catracas, em estádios de futebol, e é utilizado o cadastro dos torcedores, para as informações.

No Rio de Janeiro, a Lei n.º 7.123/2015,<sup>24</sup> sobre o transporte público de ônibus, dispõe que será implementada, preferencialmente,

---

<sup>23</sup> CEARÁ. **Lei n.º 16.873, de 10 de maio de 2019.** Dispõe sobre o comércio e consumo de bebida alcoólica em estádios e arenas desportivas no estado do Ceará e define penalidades pelo descumprimento às normas de comercialização. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/6638-lei-n-16-873-de-10-05-19-d-o-10-05-19>. Acesso em: 31 out. 2021.

<sup>24</sup> RIO DE JANEIRO. **Lei n.º 7.123/2015, de 8 de dezembro de 2015.** Disponível em: [http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/lei\\_7\\_123\\_-\\_08122015\\_-\\_altera\\_.htm](http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/lei_7_123_-_08122015_-_altera_.htm). Acesso em: 31 out. 2021.

tecnologia biométrica facial, por meio de cadastramento ou recadastramento dos usuários.

A Lei n.º 21.737/2015,<sup>25</sup> de Minas Gerais, e a Lei n.º 8.113/2019<sup>26</sup>, de Alagoas, autorizaram a instalação de sistemas de reconhecimento facial nos estádios de futebol localizados nos respectivos Estados.

Nas legislações estaduais referidas, a previsão do uso de reconhecimento facial é genérica, sem qualquer especificação de como será aplicada a tecnologia, quais bancos de dados vão ser utilizados, como é feita a proteção dos dados e da privacidade dos usuários. O uso é permitido em estádios de futebol e em transporte público, no caso da legislação do Rio de Janeiro, sem prever informações detalhadas do protocolo de uso da tecnologia.

Em âmbito federal, existe o Projeto de Lei n.º 4612/2019<sup>27</sup>, que, no momento, aguarda votação no Plenário e dispõe sobre a aplicação e uso de reconhecimento facial. O inciso II e o parágrafo único do artigo 2.º do PL limitam o uso indiscriminado de tecnologias de reconhecimento facial, em contínua vigilância massiva: “A contínua vigilância massiva é a atividade exercida sem pausas e sobre toda a população indiscriminadamente, sem restrição a local ou período”. Outrossim, considera que as informações obtidas são dados pessoais sensíveis, com tratamento estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados.

O uso das tecnologias de reconhecimento facial deve estar sinalizado ao indivíduo, de forma clara e visível, para que este tome ciência

---

<sup>25</sup> MINAS GERAIS. **Lei n.º 21737, de 5 de agosto de 2015**. Dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebida alcoólica nos estádios de futebol localizados no Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=287944>. Acesso em: 31 out. 2021.

<sup>26</sup> ALAGOAS. **Lei n.º 8.113, de 29 de maio de 2019**. Dispõe sobre a autorização e a regulamentação da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos desportivos no Estado de Alagoas. Disponível em: <https://www.tjal.jus.br/procuradoria/arquivos/d5bcc37471b11d315903356d52633609.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

<sup>27</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4.612/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2216455>. Acesso em: 31 out. 2021.

do fato antes que o agente faça a captura de seus dados pessoais, tais como imagem ou vídeo digital.

O projeto prevê direitos aos indivíduos no artigo 8.º, como informação do uso dos dados pessoais, respeito à privacidade, liberdade de expressão, inviolabilidade da honra, imagem e intimidade, defesa do consumidor, dos direitos humanos, do livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade e do exercício da cidadania; e proibição de instrumentos, políticas e normas de contínua vigilância massiva. Qualquer descumprimento ensejará multa ao Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP).

Importante observar que o projeto de lei referido não menciona sobre consentimento do usuário em ser vigiado por reconhecimento facial, ou sobre consentimento de ter os dados pessoais sensíveis em banco de dados de setor privado ou público.

O fato de ainda não possuir uma regulamentação específica sobre o uso de reconhecimento facial no âmbito penal, para fins de policiamento, cria maior insegurança jurídica, pois a sociedade não possui condições sobre se é feito o uso do reconhecimento facial com fiscalização da observância dos direitos fundamentais.

Por fim, levanta-se o questionamento se o reconhecimento facial pode ser considerado uma prova legítima no inquérito penal, visto que não existe regulamentação específica do uso em âmbito penal, e é uma ferramenta com potencial danoso aos direitos fundamentais.

Existe o lado positivo, de ser uma ferramenta que auxilia as autoridades policiais no inquérito policial e na ação penal, ajudando a identificar suspeitos, como, por exemplo, para casos envolvendo foragidos da Justiça e tráfico de ilícitos ou de pessoas em aeroportos, contudo é preciso avaliar sobre a segurança dos dados e o protocolo do uso dessas tecnologias.

### 3 DA APLICAÇÃO DA LEI DE PROTEÇÃO GERAL DE DADOS NA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O uso do reconhecimento facial pelo setor público, para fins de segurança pública, levanta questionamentos e preocupações sobre a proteção dos dados pessoais dos indivíduos e a possibilidade de violação de direitos fundamentais, como a privacidade, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, ambos previstos na Constituição Federal.

O reconhecimento facial na identificação das pessoas é feito após análise do rosto desconhecido em um banco de dados de reconhecimento facial, com outras imagens faciais. Logo, é uma tecnologia que coleta e armazena dados de imagens faciais, podendo violar a privacidade e intimidade em âmbito individual e coletivo, pois seria uma vigilância estatal em massa, com risco de causar danos aos direitos fundamentais, como privacidade e presunção de inocência dos cidadãos.

A prova precisa ser relevante no processo penal, útil, a fim de ter papel para a convicção do juiz sobre os fatos ocorridos. Contudo, a prova de reconhecimento facial, além de ser relevante, precisa ter proteção quanto aos dados pessoais e segurança em sua cadeia de custódia, não podendo ter uso para outros fins.

Segundo a Resolução 362 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),<sup>28</sup> é essencial a garantia de proteção cibernética, quanto aos dados pessoais e institucionais, nos aspectos relacionados à cibersegurança, sendo assegurada pelo Poder Público a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade de dados e de informações coletados.

O relatório feito pela agência de pesquisa GAO Highlights,<sup>29</sup> em 2020, aponta que o reconhecimento facial tira a opção de o cidadão

---

<sup>28</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 396, de 7 de junho de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3975>. Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>29</sup> United States Government Accountability Office. **FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY Privacy and Accuracy Issues Related to Commercial Uses. GAO Highlights**, jul. 2020. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-20-522.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2021.



estar anônimo em público e é uma tecnologia que não requer consentimento do cidadão. O documento explica que as imagens em um banco de dados podem ser captadas ao vivo, ou já gravadas previamente. O sistema de inteligência artificial detecta o rosto, cria um modelo do rosto do indivíduo de acordo com a cor, a pose e características únicas do rosto. Esse molde do rosto poderá ser usado para identificação da pessoa, ou verificação, para ter certeza de que ela é mesmo quem alega ser.

Ainda, o uso da tecnologia pode ser para segurança pública ou privada, sistema de pagamento, reconhecimento em fotos em redes sociais, verificação de acesso de pessoas em eventos, ou outros usos possíveis.

A tecnologia é atualmente mais utilizada em aeroportos nacionais e internacionais, para identificar criminosos, ou casos de tráfico humano. A Interpol (International Criminal Police Organization) possui uma base de dados de reconhecimento facial – Interpol Facial Recognition System (IFRS) – em conjunto com 160 países.<sup>30</sup> O sistema apresenta imagens com moldes faciais que possuem características em comum, podendo apresentar três resultados: candidato em potencial, não candidato ou inconclusivo.

No Brasil, a Polícia Federal utiliza o reconhecimento facial no Aeroporto de Congonhas (São Paulo) para o Santos Dumont (Rio de Janeiro), desde junho de 2021. Os passageiros da companhia aérea Azul Linhas Aéreas que aceitam participar do projeto Embarque + Seguro 100% Digital não precisam apresentar o cartão de embarque e documento de identificação.<sup>31</sup> Nesse projeto, existe o consentimento

---

<sup>30</sup> INTERPOL. **Facial Recognition**. Disponível em: <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/Facial-Recognition>. Acesso em: 8 nov. 2021.

<sup>31</sup> BRASIL. Brasil testa primeira ponte aérea com reconhecimento facial do mundo. **Governo do Brasil**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2021/06/brasil-testa-primeira-ponte-aerea-com-reconhecimento-facial-do-mundo>. Acesso em: 8 nov. 2021.

do titular, especificamente para a finalidade dos dados pessoais serem utilizados para o embarque nos aviões da empresa.

Para fins de segurança pública, em São Paulo, o Laboratório de Identificação Biométrica possui impressões digitais e fotos, para identificação de suspeitos. O banco de dados é formado pelas informações coletadas na confecção de identidade civil, e, para fins de prova no processo penal, o reconhecimento facial não é usado isoladamente, sendo colhidas outras provas sobre o suspeito.<sup>32</sup> O metrô de São Paulo também implementou a tecnologia, utilizando-a para identificação de pessoas em lista de procurados da polícia, importunação sexual e identificação de criança desacompanhada, emitindo alertas em casos positivos.<sup>33</sup>

Além de São Paulo, o Rio de Janeiro também utiliza reconhecimento facial, por meio de câmeras instaladas na cidade, usando o banco de dados de pessoas procuradas pela Polícia Civil.<sup>34</sup>

Contudo, nem toda utilização da tecnologia irá requerer o consentimento, como em casos de utilização do reconhecimento facial, em estádios de futebol e eventos, ou casos de investigação policial em locais públicos, como nos casos em que a Interpol ou a Polícia Federal podem usar a tecnologia para identificar ou verificar pessoas suspeitas de crimes ou casos de tráfico humano. Tais casos podem ser entendidos como uma vigilância em massa, ferindo liberdades individuais.

Outrossim, existe uma preocupação sobre o tratamento dos dados pessoais, origem dos dados obtidos e transparência sobre os algorit-

---

<sup>32</sup> SILVA, Victor Hugo. Polícia de SP inaugura laboratório de reconhecimento facial. **Tecnoblog**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://tecnoblog.net/323082/policia-civil-sao-paulo-inaugura-laboratorio-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

<sup>33</sup> DOM TOTAL. Metrô de São Paulo terá câmeras com reconhecimento facial. **Dom Total**, 24 jun. 2021. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1523868/2021/06/metro-de-sao-paulo-teraa-cameras-com-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

<sup>34</sup> WERNECK, Antônio. Reconhecimento facial falha em segundo dia, e mulher inocente é confundida com criminosa já presa. **O Globo Rio**, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/reconhecimento-facial-falha-em-segundo-dia-mulher-inocente-confundida-com-criminosa-ja-presa-23798913>. Acesso em: 8 nov. 2021.

mos usados para o funcionamento do reconhecimento facial, pois é importante constar informações sobre o protocolo de uso, e garantir para a sociedade civil que os dados obtidos terão segurança e privacidade, esclarecendo o agente de tratamento dos dados e quem terá acesso a eles. É preciso ter uma explicação detalhada do uso da tecnologia, bem como sua finalidade, e ter proteção sobre riscos e danos aos direitos fundamentais, pois o reconhecimento facial é usado para verificar ou identificar suspeitos indeterminados, em locais públicos, coletivos.

Já existem outros usos de dados no sistema público, como, por exemplo, o cadastramento dos dados biométricos dos cidadãos de impressão digital, para fins eleitorais. Os dados biométricos são considerados dados sensíveis pela Lei Geral de Proteção de Dados, e os dados devem seguir o objetivo para o qual foram destinados, com consentimento dos titulares.

Os dados biométricos cadastrados pela Justiça Eleitoral, desde 2008, têm a finalidade única de “reduzir a intervenção humana no processo de votação”,<sup>35</sup> para garantir maior segurança no processo de votação na democracia brasileira.

Em março de 2021, foi firmado um acordo entre Secretaria-Geral da Presidência da República, Ministério da Economia e Tribunal Superior Eleitoral (TSE), objetivando a cooperação para implementação da Identificação Civil Nacional, e o programa de Base de Dados da Identificação Civil Nacional (BDICN), visando unificar os dados “dos usuários dos serviços públicos digitais ofertados pelos portais oficiais do Governo Federal”,<sup>36</sup> pela plataforma GOV.BR.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Biometria**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleitor/biometria>. Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE assina acordo com a Presidência da República para implementar a Identificação Civil Nacional (ICN)**. 15 mar. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Marco/tse-assina-acordo-com-a-presidencia-da-republica-para-implementar-a-identificacao-civil-nacional-icn>. Acesso em: 7 nov. 2021.

A meta do projeto será a criação da identidade digital – Documento Nacional de Identificação (DNI):

A Identidade Digital terá a segurança como principal característica, uma vez que garantirá que ninguém tente se passar por outra pessoa na hora da identificação. Isso só será possível porque o documento utilizará dados biométricos, que são únicos em cada indivíduo.

Para garantir transparência e evitar duplicidade de informações na base de dados do Tribunal Superior Eleitoral, foi criada, em agosto de 2021, a Comissão Gestora do Processo de Tratamento das Duplicidades ou Multiplicidades Biométricas do Cadastro Eleitoral,<sup>37</sup> para buscar integralizar e fazer conferência dos dados cadastrados.

O acordo firmado em março prevê, na cláusula quarta, inciso VII, que os dados possuam ferramentas

[...] que garantam a rastreabilidade do acesso aos dados e à gestão do consentimento, bem como prever os papéis que cada um dos partícipes desempenhará em conformidade com a Lei nº 13.709/2018, especialmente quanto ao disposto em seu art. 9º, e em conformidade com as previsões do art. 7º.<sup>38</sup>

Assim, nota-se que o tratamento dos dados pessoais feito pelo Poder Público, em relação ao uso da biométrica, possui maior clareza

---

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. TSE institui comissão para gerir o tratamento de inconsistências biométricas do Cadastro Eleitoral. **Tribunal Superior Eleitoral**, 3 set. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Setembro/tse-institui-comissao-para-gerir-o-tratamento-de-inconsistencias-biometricas-do-cadastro-eleitoral>. Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acordo de cooperação técnica que firmam entre si a Secretaria-Geral da Presidência da República, o Ministério da Economia e o Tribunal Superior Eleitoral, objetivando a cooperação para implementação da identificação civil nacional**. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/rybena\\_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/at\\_download/file](https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/rybena_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/at_download/file). Acesso em: 7 nov. 2021.

sobre o protocolo de uso, pois existe regulamentação específica sobre o tratamento, uso e armazenamento dos dados, bem como a definição de responsabilidade do Poder Público sobre estes dados sensíveis. A Lei n.º 13.444/2017, a base de dados da Identificação Nacional, dispõe sobre o Comitê Gestor dos dados e no artigo 2.º, parágrafo 1.º, diz:

§ 1º A base de dados da ICN será armazenada e gerida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que a manterá atualizada e adotará as providências necessárias para assegurar a integridade, a disponibilidade, a autenticidade e a confidencialidade de seu conteúdo e a interoperabilidade entre os sistemas eletrônicos governamentais.<sup>39</sup>

Contudo, diferente da biométrica, o uso do reconhecimento facial fica incluso em um sistema de segurança pública, sem transparência em relação ao uso da tecnologia e armazenamento dos dados coletados, ou informações sobre o protocolo de uso e método de coleta de dados.

Apesar de o Decreto n.º 9.637, de 2018, sobre a Política Nacional de Segurança da Informação,<sup>40</sup> prever que a Estratégia Nacional de Segurança possui definições em seus planos (artigo 6.º) sobre segurança cibernética e de informação sigilosa, além de proteção contra vazamentos de dados, não dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais coletados. Apenas dispõe, nos seus princípios, sobre respeito dos direitos humanos e fundamentais e a proteção dos dados pessoais e privacidade.

A persecução penal estatal possui a finalidade de proteger e assegurar a segurança coletiva da sociedade civil, aplicando sanções penais

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei n.º 13.444, de 11 de maio de 2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13444.htm). Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>40</sup> BRASIL. **Decreto n.º 9.637, de 26 de dezembro de 2018**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9637.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9637.htm). Acesso em: 7 nov. 2021.

para aqueles que cometeram os atos considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, o reconhecimento facial, nestes casos, é uma investigação potencial de eventuais pessoas que, por exemplo, possuem mandado de prisão em aberto, ou outro suspeito de ato ilícito, que seja identificado pela inteligência artificial. Logo, poderia atingir o direito de privacidade e presunção de inocência, ao atingir a coletividade, tentando por meio do reconhecimento facial identificar na multidão de pessoas, uma pessoa que esteja, de fato, em uma investigação policial ou é foragida.

O uso de outras tecnologias na investigação policial, ou uso delas como prova legítima no processo penal, como o caso do grampo telefônico, não atinge tais direitos, por ser uma investigação em aberto contra um suspeito determinado e por ser uma prova que, para ser produzida, necessita de autorização judicial.

Para Gustavo Henrique Badaró, “A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito”.<sup>41</sup> No caso do reconhecimento facial, a tecnologia afetará coletivamente, sendo armazenados dados com os moldes faciais feitos pelos algoritmos, de qualquer cidadão, sendo suspeito ou não de um ato ilícito.

Dessa forma, existe o risco da violação de presunção de inocência, ao utilizar o reconhecimento facial para todos os cidadãos, procurando, por meio dos rostos das pessoas, um rosto de um suspeito de ato criminoso.

Segundo a Lei de Proteção Geral de Dados, os dados biométricos são dados sensíveis, e possuem regras mais rigorosas sobre a proteção

---

<sup>41</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 284.

e tratamento dos dados. O artigo 7.º prevê, no inciso III, que o tratamento de dados pode ser feito pela Administração Pública:

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;<sup>42</sup>

Ainda, que o tratamento de dados precisa ter consentimento do titular, podendo ter a exceção no caso dos dados tornados públicos pelo próprio titular.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.<sup>43</sup>

A Lei de acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), no artigo 31, assim dispõe:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.<sup>44</sup>

E o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, mais conhecido como “General Data Protection Regulation (GDPR)”,

---

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

considera em seu artigo 25 a “Proteção de dados desde a concepção e por padrão”<sup>45</sup>, para proteção dos dados durante todo o ciclo de uso e tratamento, conforme o inciso X, do artigo 5.º da LGPD:

[...] coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.<sup>46</sup>

Os dados precisam ter na estrutura do sistema, um padrão de proteção à privacidade dos dados, para todos os dados coletados e tratados, e que o sistema tenha um design para que os dados pessoais coletados sejam protegidos, em caso de perda ou dano, para que se evite o acesso de terceiros.

A Lei Geral de Proteção de Dados orienta a realização do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (“RIPD”), disposto no artigo 38:

Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do contro-

---

<sup>45</sup> GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR). Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-25-gdpr/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

<sup>46</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.



lador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.<sup>47</sup>

Logo, existe a preocupação sobre o uso do reconhecimento facial para fins de segurança pública, pois não há regulamentos específicos em âmbito federal sobre a segurança dos dados pessoais e a cadeia de custódia da prova de reconhecimento facial. A prova digital precisa ser íntegra, e ter protocolo de segurança sobre quem teve acesso à prova, bem como transparência no tratamento e proteção dos dados, com a realização do relatório de impacto à proteção de dados pessoais, possuindo descrição do tratamento e segurança em caso de dano aos dados coletados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o reconhecimento facial possui potencial de ser útil para a segurança coletiva, contudo, antes de a tecnologia ampliar sua implementação no país, é preciso que o Poder Público tenha maior transparência no protocolo de uso, tratamento, coleta, acesso, validade dos dados pessoais da sociedade em suas bases de dados, pois se trata de dados pessoais sensíveis, com risco de dano aos direitos fundamentais da sociedade.

Ainda, acrescenta-se que o sistema de reconhecimento facial não é estritamente confiável, podendo ocorrer falsos positivos e negativos em identificações, e a falta de regulamentação específica, podendo violar direitos fundamentais, é uma preocupação tanto no Brasil como em outros países e setores privados. Recentemente, o Facebook<sup>48</sup> anun-

---

<sup>47</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

<sup>48</sup> PESENTI, Jerome. An Update On Our Use of Face Recognition. **META**, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/11/update-on-use-of-face-recognition/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

ciou que será excluída a base de dados de reconhecimento facial, com mais de um bilhão de moldes de rostos cadastrados pela empresa, em razão da falta de regulamentação pelo poder público, e receio da empresa em não promover transparência e controle dos dados suficiente.

Logo, nota-se que, antes de o poder público expandir o uso da tecnologia em âmbito penal, considerando o reconhecimento facial como uma prova no processo penal, para identificar suspeitos, capturar foragidos, ou outras situações, inclusive para uso em aeroportos, estádios de futebol, eventos com multidões, é preciso que exista uma regulamentação específica em âmbito federal, para tratar sobre o uso da tecnologia pelo Poder Público.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Lei n.º 8.113, de 29 de maio de 2019**. Dispõe sobre a autorização e a regulamentação da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos desportivos no Estado de Alagoas. Disponível em: <https://www.tjal.jus.br/procuradoria/arquivos/d5bcc37471b11d315903356d52633609.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.444, de 11 de maio de 2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13444.htm). Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 9.637, de 26 de dezembro de 2018**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9637.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9637.htm). Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4.612/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2216455>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 21/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acordo de cooperação técnica que firmam entre si a Secretaria-Geral da Presidência da República, o Ministério da Economia e o Tribunal Superior Eleitoral, objetivando a cooperação para implementação da identificação civil nacional**. 15 mar. 2021. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/rybena\\_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/at\\_download/file](https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/rybena_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/act-identificacao-civil-nacional/at_download/file). Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE assina acordo com a Presidência da República para implementar a Identificação Civil Nacional (ICN)**. 15 mar. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Marco/tse-assina-acordo-com-a-presidencia-da-republica-para-implementar-a-identificacao-civil-nacional-icn>. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Brasil testa primeira ponte aérea com reconhecimento facial do mundo. **Governo do Brasil**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2021/06/brasil-testa-primeira-ponte-aerea-com-reconhecimento-facial-do-mundo>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE institui comissão para gerir o tratamento de inconsistências biométricas do Cadastro Eleitoral**.

3 set. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Setembro/tse-institui-comissao-para-gerir-o-tratamento-de-inconsistencias-biometricas-do-cadastro-eleitoral>. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Biometria. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleitor/biometria>. Acesso em: 7 nov. 2021.

CEARÁ. **Lei n.º 16.873, de 10 de maio de 2019**. Dispõe sobre o comércio e consumo de bebida alcoólica em estádios e arenas desportivas no estado do Ceará e define penalidades pelo descumprimento às normas de comercialização. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/6638-lei-n-16-873-de-10-05-19-d-o-10-05-19>. Acesso em: 31 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 396, de 7 de junho de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3975>. Acesso em: 7 nov. 2021.

CRUZ, Renato. Start Eldorado: Como a Receita Federal usa o reconhecimento facial. **Start Eldorado**, 30 jun. 2018. Disponível em: <https://www.inova.jor.br/2018/06/30/start-eldorado-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 30 out. 2021.

DOM TOTAL. Metrô de São Paulo terá câmeras com reconhecimento facial. **Dom Total**, 24 jun. 2021. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1523868/2021/06/metro-de-sao-paulo-tera-cameras-com-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

FILHO, Pedro Zucchetti. Reconhecimento facial: compreendendo os limites de uso. Opinião, **Conjur**, 26 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/opinio-reconhecimento-facial-compreendendo-limites-uso>. Acesso em: 29 out. 2021.

FRANCISCO, Pedro Augusto; HUREL, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé,

2020. ISSN 2359-0998. Disponível em: <https://igarape.org.br/regulacao-do-reconhecimento-facial-no-setor-publico/>. Acesso em: 30 out. 2021.

GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR). Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-25-gdpr/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

GOL. **Como fazer Check-In**. Disponível em: <https://www.voegol.com.br/informacoes/como-fazer-check-in>. Acesso em: 30 out. 2021.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. **Revista de Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 39, p. 109-123, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1749/1446>. Acesso em: 6 nov. 2021.

INTERPOL. **Facial Recognition**. Disponível em: <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/Facial-Recognition>. Acesso em: 8 nov. 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINAS GERAIS. **Lei n.º 21737, de 5 de agosto de 2015**. Dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebida alcoólica nos estádios de futebol localizados no Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=287944>. Acesso em: 31 out. 2021.

PESENTI, Jerome. An Update On Our Use of Face Recognition. **META**, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/11/update-on-use-of-face-recognition/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

SARAIVA. **Minicódigo Saraiva: Processo Penal, Constituição Federal e legislação complementar**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

QANTAS. **Facial recognition**. Disponível em: <https://www.qantas.com/au/en/travel-info/travel-advice/facial-recognition.html>. Acesso em: 30 out. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei n.º 7.123/2015, de 8 de dezembro de 2015.** Disponível em: [http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/lei\\_7\\_123\\_-\\_08122015\\_-\\_altera\\_.htm](http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/lei_7_123_-_08122015_-_altera_.htm). Acesso em: 31 out. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; BERNARDI, Sahra Di. Quando o reconhecimento facial chega ao processo penal. *Limite Penal*, **Conjur**, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-03/limite-penal-quando-reconhecimento-facial-chega-processo-penal>. Acesso em: 29 out. 2021.

SILVA, Victor Hugo. Polícia de SP inaugura laboratório de reconhecimento facial. **Tecnoblog**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://tecnoblog.net/323082/policia-civil-sao-paulo-inaugura-laboratorio-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Facial Recognition Technology Privacy and Accuracy Issues Related to Commercial Uses. **GAO Highlights**, jul. 2020. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-20-522.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2021.

WERNECK, Antônio. Reconhecimento facial falha em segundo dia, e mulher inocente é confundida com criminosa já presa. **O Globo Rio**, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/reconhecimento-facial-falha-em-segundo-dia-mulher-inocente-confundida-com-criminosa-ja-presa-23798913>. Acesso em: 8 nov. 2021.

YOUTUBE. Gol selfie check-in. Gol Linhas Aéreas Inteligentes, **YouTube**, 23 jul. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PQWVO38dW8Y>. Acesso em: 29 out. 2021.

# **A confissão como condição para a celebração de acordo de não persecução penal: breves considerações**

## *Confession as a condition to the celebration of the non-criminal prosecution agreement: brief considerations*

*Luanna Rennhack Sampaio<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objeto o estudo da confissão enquanto requisito do acordo de não persecução penal e as divergências e críticas doutrinárias que lhe são feitas. Nesse sentido, inicialmente se aborda o fenômeno do consensualismo no direito e processo penal, dentro do qual se insere a justiça penal negociada. Em um segundo momento, estuda-se o acordo de não persecução penal, instrumento de justiça consensual negociada, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.964/2019, apresentando suas principais características e requisitos. A posteriori, analisa-se especificamente a confissão do investigado enquanto condição para a realização do acordo. Dessa forma, trazem-se à baila algumas das divergências doutrinárias que surgem perante essa condição. Mais que isso, porquanto a própria constitu-

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Mestranda em Direito na FPM, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pós-graduanda em Direito e Processo Penal pela mesma instituição. Bolsista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior.

cionalidade da exigência da confissão é posta em xeque, são explorados argumentos doutrinários favoráveis e contrários a tal requisito. No que se refere ao método aplicado, utiliza-se pesquisa básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e infraconstitucionais.

**Palavras-chave:** Confissão. Acordo de não persecução penal. Consensualismo. Processo penal.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to study the confession as a requirement of the non-criminal prosecution agreement and the doctrinal divergences and criticisms that are made to it. Thus, initially, the phenomenon of consensualism in criminal law and procedure is approached, within which negotiated criminal justice is inserted. In the second part, the non-criminal prosecution agreement, instrument of negotiated consensual justice, introduced in the Brazilian legal system by Law n. 13.964/2019, is studied, presenting its main characteristics and requirements. Subsequently, the defendant's confession is specifically analyzed as a condition for the celebration of the agreement. In this way, some of the doctrinal divergences that arise in the face of this condition are brought to light. More than that, as the very constitutionality of the confession requirement is put in check, doctrinal arguments for and against this condition are explored. With regard to the applied method, basic research is used. In addition, a qualitative analysis will be carried out primarily, through bibliographical verification, constitutional and infraconstitutional norms.

**Keywords:** Confession. Non-criminal prosecution agreement. Consensualism. Criminal procedure.



## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer à baila a temática da confissão enquanto requisito do acordo de não persecução penal e as divergências e críticas doutrinárias que lhe são feitas. Assim sendo, tanto no cenário internacional quanto no nacional se constata existir, dentro do direito e do processo penal, um movimento em direção ao consensualismo enquanto forma alternativa de resolução de conflitos. Nesse sentido, no Brasil, diversos foram os instrumentos criados para possibilitar a aplicação do modelo negocial/consensual na seara criminal, como, por exemplo, a conciliação e a transação, trazidos pela Lei n.º 9.099/95.

Recentemente, entrou em vigor a Lei n.º 13.964/2019, que inseriu no ordenamento jurídico a figura do acordo de não persecução penal, um instituto que busca tornar o processo penal mais célere e eficaz. Entretanto, verifica-se que essa previsão legal é alvo de críticas por parte da doutrina, principalmente quanto a um dos requisitos para a sua celebração, a confissão da prática delitiva pelo investigado, cuja própria constitucionalidade é alvo de questionamentos.

Desse modo, a fim de estudar a confissão enquanto requisito no acordo de não persecução penal e abordar as controvérsias que existem acerca dessa condição imposta ao investigado, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro, aborda-se o fenômeno do consensualismo no direito penal, dentro do qual se tem a figura da justiça negociada. Mais que isso, investiga-se o início do consensualismo no Brasil e o marco inicial da aplicação de instrumentos consensuais e negociais na seara penal.

No segundo capítulo, estuda-se o acordo de não persecução penal, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.964/2019. Nesse sentido, apresenta-se sua conceituação, natureza jurídica, os objetivos que se busca alcançar com esse instrumento e os requisitos para a sua aplicabilidade.

Por fim, no terceiro tópico, aborda-se mais especificamente a confissão formal e circunstanciada do investigado enquanto requisito para

a celebração do acordo de não persecução penal. Desse modo, preliminarmente, são tecidas considerações acerca da figura da confissão no processo penal. Posteriormente, verificam-se algumas das questões e divergências doutrinárias que surgem ante a exigência desse requisito. Outrossim, na medida em que a própria constitucionalidade desse instrumento de consensualismo é objeto de discussões, trazem-se à baila argumentos doutrinários que defendem a constitucionalidade desse requisito, bem como argumentos contrários à exigência da confissão por parte do investigado.

Ainda, o método utilizado na presente pesquisa é o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e infraconstitucionais.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

Em um momento inicial, entende-se necessário discorrer, ainda que de modo sucinto, acerca da justiça penal consensual. Desse modo, hodiernamente, com o advento da globalização e da chamada pós-modernidade, constata-se ser cada vez mais evidente que o direito e o processo penal enfrentam dificuldades em acompanhar os avanços da sociedade (LEITE, 2009, p. 9). Nessa toada, “uma das principais demonstrações disso é a distorção entre o tempo do direito e o tempo social, o que gera problemas de eficácia para o ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito a seus mecanismos processuais” (LEITE, 2009, p. 9).

Dessa forma, resta inegável que o imediatismo da sociedade moderna possui efeitos diretos no processo penal, que passa a ser cobrado constantemente por eficiência e rapidez na resolução dos conflitos que lhe são apresentados (MENDES; NÓVOA, 2022, n.p.). Nesse sentido, na medida em que a morosidade tornou-se uma crítica permanente ao processo civil e penal (LEITE, 2009, p. 9), passou-se a buscar tanto

soluções endoprocessuais, como é o caso dos mecanismos de simplificação e conciliação, quanto extraprocessuais, dentro das quais se pode destacar os meios alternativos de resolução de conflitos (LEITE, 2009, p. 10).

Assim, é diante de tal contexto que se observa uma tendência internacional de expansão dos espaços de consenso dentro do direito penal, inclusive em âmbito brasileiro (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1112), de modo que “a justiça criminal negocial se posiciona como um dos temas centrais do processo penal contemporâneo” (FRABETTI; SILVA, 2018, p. 282). Nessa direção, aponta Perez Filho que:

Os dados fornecidos pelo CNJ em seu estudo “Justiça em números”, referente ao ano de 2019, indica a média de 7 (sete) mil processos por magistrado, resultando em 78,7 milhões de feitos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro, o que evidencia a necessidade pela busca de uma “justiça consensual”, de caráter mais conciliatório, diminuindo o embate tradicional que se verifica nas Cortes. Há certa urgência por alternativas a uma prática judiciária que – a despeito de inegáveis ganhos nas últimas décadas – ainda se mostra por vezes saturada, morosa e mesmo economicamente inviável (PEREZ FILHO, 2020, p. 196).

Verifica-se, assim, que esse movimento em direção ao consensualismo e aos acordos na esfera penal busca sua legitimação justamente na preocupação com o prazo razoável do rito e na economia processual (FRABETTI; SILVA, 2018, p. 282), que encontram amparo na Constituição Federal em seu artigo 5.º, inc. LXXVIII, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988). Nessa toada, Mendes e Nóvoa apontam que:

Se não podem arroubos por condenações rápidas justificar o esvaziamento de garantias processuais, de outro lado se tem admitido a prevalência da posição das partes no processo, de modo que validamente podem formular acordos quanto aos limites da acusação e das penas (MENDES; NÓVOA, 2022, n.p.).

Desse modo, pode-se afirmar que o modelo consensual passa a ser uma das três formas de solução de conflitos criminais existentes, sendo elas: a) dissuasória clássica (fundada na função retributiva da pena); b) ressocializadora, que atribui à pena a finalidade de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva); e c) consensual de Justiça penal, fundada no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (GOMES, 2007, n.p.).

Importante destacar que o modelo consensual apresenta duas subdivisões: a) o modelo pacificador ou restaurador (Justiça Restaurativa), que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade, entre outros objetivos; e b) o modelo da Justiça criminal negociada (que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc., ou seja, o *plea bargaining*), foco desta pesquisa (GOMES, 2007, n.p.). Nessa esteira, Brandalise conceitua a justiça negociada como sendo:

[...] é um acordo voluntário acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, já que o réu deixa de utilizar direitos processuais). Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos, um substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (em prol do direito de defesa) (BRANDALISE, 2016, p. 29).

Ainda, Frabetti e Silva (2018, p. 282) sustentam que o consenso no processo penal não é um fenômeno recente, porquanto observado na jurisprudência norte-americana, por exemplo, desde o século XIX. No cenário brasileiro, por se tratar de um ordenamento jurídico pertencente ao sistema do *civil law*, foi apenas a partir, principalmente, da segunda metade do século XX que houve um aumento da presença de tal figura nos debates jurídicos e previsões normativas (WEDY; KLEIN, 2019, p. 3). A possibilidade de busca de soluções dialogadas/consensuais dentro do processo penal foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, que dispõe:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o marco inicial da aplicação da justiça consensual no Brasil foi a edição da Lei n.º 9.099/95, que instituiu tal modelo no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o artigo 2.º do referido diploma legal determina que o “processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995). Para buscar tal celeridade e simplicidade, a norma em questão passou a prever dois institutos consensuais: transação e conciliação (GOMES, 2008, p. 509).

Assim, Gomes (2008, p. 509) aponta que essa lei se mostrou paradigmática no que se refere às possibilidades de soluções de conflitos

criminais por vias alternativas, verdadeiramente transformando o cenário jurídico-penal brasileiro. Para o autor:

A Lei 9.099, de 26.05.1995, como se percebe, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. E essa inovação foi ampliada pela Lei 10.259/2001.<sup>2</sup> Cumprindo determinação constitucional (CF, art. 98, I), o legislador está disposto a testar um novo modelo de Justiça Criminal. É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) porque quebra a inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. [...] Abre-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada (GOMES, 2008, p. 517).

Igualmente são as considerações traçadas por Giacomolli e Vasconcellos:

Contudo, somente a Lei n 9.099/1995 delimitou a competência dos o JECrims, estabelecendo o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, disciplinando o consenso acerca da pena e do processo. Nessa perspectiva, permitiu a realização do acordo civil perante o juiz criminal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, com efeitos cíveis e criminais, além da transação acerca da pena e da suspensão condicional do processo (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1113).

Além das leis referenciadas acima por Gomes, novas regulamentações surgiram, ampliando o campo de incidência do consensualismo, como é o caso, por exemplo, da Lei n.º 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e das Resoluções referentes às práticas restaurativas.

---

<sup>2</sup> Lei que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (BRASIL, 2001).

Outrossim, com o advento da Lei n.º 13.964/2019, “o legislador pátrio adotou, mais uma vez, uma abordagem despenalizadora em direção à solução de conflitos mediante a realização de jurisdição consensual no âmbito do direito processual penal” (PEREZ FILHO, 2020, p. 196-197). Dessarte, será abordado, na sequência, o instituto do acordo de não persecução penal, trazido pela Lei n.º 13.964/2019.

### **3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: APONTAMENTOS GERAIS**

Com o advento da Lei n.º 13.964/2019, restou inserido no Código de Processo Penal o art. 28-A, que prevê a possibilidade de formalização do chamado acordo de não persecução penal. Destaca-se que esse instituto era anteriormente regulamentado pelas Resoluções 181/2017 e 183/2018, do Conselho Nacional do Ministério Público (PEREZ FILHO, 2020, p.198). Desse modo, antes mesmo da Lei n.º 13.964/2019, já era possível que o Ministério Público oferecesse tal acordo, com fundamento nas resoluções citadas. Entretanto, essas resoluções foram alvo de diversas críticas, na medida em que violariam o princípio da reserva legal, porquanto apenas lei em sentido estrito pode dispor sobre matéria processual penal (MARQUES, 2020, p. 62).

Ainda, conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei (PL) n.º 10.372/18, apresentado à Câmara dos Deputados e que deu origem ao Pacote Anticrime, a adoção do acordo de não persecução penal (ANPP) auxiliaria na política criminal de não encarceramento, promovendo a justiça consensual para delitos não violentos (PEREZ FILHO, 2020, p.198). Nesse sentido, era o disposto no referido PL:

Trata-se de inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves (BRASIL, 2018, p. 32).

Dessa forma, o ANPP é um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, “a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização, por ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (SILVA, 2020, p. 264). Cunha também apresenta sua definição para tal acordo:

Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao a ele imputado (CUNHA, 2020, p. 127).

Assim sendo, esse instituto pode ser aplicado em casos de infrações praticadas sem violência ou grave ameaça, cuja pena prevista seja inferior a 4 anos, e em que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a sua prática. Caso aceito o acordo, o Ministério Público pode deixar de ingressar com a ação penal, não oferecendo denúncia, impondo ao agente de certas condições casuísticas e legais (PEREZ FILHO, 2020, p. 197), *verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] (BRASIL, 2019).

Para Perez Filho (2020, p. 196-197), essa previsão legal seria uma manifestação do direito penal de 2.<sup>a</sup> velocidade, que se caracteriza pela



substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou pecuniária, através do qual “o texto legal legitima uma certa flexibilização de garantias penais e processuais, em busca de maior celeridade na resposta estatal em face do delito praticado, ao mesmo tempo em que se prestigia o ressarcimento da vítima” (PEREZ FILHO, 2020, p. 197). Igualmente para Mendes e Souza:

Essas reformas legislativas, sobretudo as alterações promovidas pela Lei no 13.964, na esteira de outros instrumentos legislativos anteriores, caminham em direção à consolidação de uma nova ordem processual, marcada pela solução consensual de litígios e ruptura parcial com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, visando imprimir maior racionalidade e efetividade ao sistema de justiça criminal (MENDES; SOUZA, 2020, p. 1196).

Verifica-se, assim, que o referido dispositivo determina que a celebração do acordo está condicionada ao cumprimento, cumulativo ou alternativo, das seguintes condições – previstas em seus incisos: I. reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II. renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumentos, produto ou proveito do crime; III. prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; IV. pagar prestação pecuniária; e V. outra medida indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada (BRASIL, 2019).

Percebe-se, assim, que tal instrumento, para além da busca pela celeridade e efetividade do processo criminal, propõe-se, também, a prestigiar a vítima do delito. Afinal, prevê como condição prioritária a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, bem como sua in-

timação quando da homologação do ANPP e de seu descumprimento, nos termos do parágrafo 9.º do art. 28-A (CARVALHO, 2020, p. 249).

Entretanto, não se pode perder de vista que esse instituto não se mostra livre de críticas por parte da doutrina especializada. Nesse sentido, dentre todas as disposições constantes no artigo ora estudado, pode-se afirmar que o aspecto mais polêmico do ANPP diz respeito à necessidade de confissão da prática do crime pelo acusado.

Assim sendo, uma vez traçadas considerações importantes acerca da justiça negocial e do acordo de não persecução penal, passar-se-á, no próximo capítulo, ao estudo das questões que surgem diante da exigência da confissão do investigado no acordo ora abordado. Mais que isso, serão apresentados argumentos doutrinários que defendem a constitucionalidade desse requisito, bem como argumentos contrários a tal exigência.

#### **4 A QUESTÃO DA CONFISSÃO COMO CONDIÇÃO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

A confissão na seara do processo penal significa a admissão contra si, por aquele que está sendo investigado ou acusado de um crime – de modo voluntário, expresso, pessoal e diante da autoridade competente em ato solene –, da prática de um fato criminoso (NUCCI, 2021, p. 496). No mesmo sentido é a conceituação apresentada por Távora e Antonni:

É a admissão por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis. O reconhecimento da infração por alguém que não é sequer indiciado não é tecnicamente confissão, e sim auto-acusação. Confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal (2009, p. 359).

Ainda, a confissão poderá ser simples ou qualificada. No primeiro caso, admite-se a prática do crime sem fazer qualquer outra alegação que possa vir a beneficiar aquele que está confessando. Já no segundo caso, há a admissão da culpa, quanto ao fato criminoso, porém o confitente também apresenta outras “circunstâncias que podem excluir a sua responsabilidade ou atenuar sua pena. Exemplo desta última: quando o réu admite ter furtado o bem, invocando, entretanto, o estado de necessidade” (NUCCI, 2021, p. 497). Mais que isso, a mesma poderá ser judicial, ocorrendo dentro do processo penal, ou extrajudicial, quando ocorrer em momento anterior à ação penal (LOVATTO; LOVATTO, 2020, p. 70).

Assim, enquanto meio de prova no processo penal, a confissão se encontra prevista nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

No que se refere à confissão no ANPP, esta se mostra como um dos requisitos para que tal acordo seja firmado e deve ser colhida ex-

trajudicialmente perante o Ministério Público. Nesse sentido, são os apontamentos de Carvalho:

Entende-se como confissão formal do investigado aquela preferencialmente gravada em áudio e vídeo (art. 18, § 2º, da Resolução 181/2017 do CNMP) ou reduzida a termo, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal. A confissão, além de ser pessoal e formal, deve ser circunstanciada (a lei fala em confessar circunstancialmente), ou seja, integral, completa, minuciosa, com todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive com relato de eventual participação de terceiro no delito (CARVALHO, 2020, p. 251).

Contudo, inobstante tenha o ANPP sido previsto no Código de Processo Penal brasileiro, constata-se que esse instituto ainda não possui um procedimento homogêneo no que se refere a sua aplicação na prática. Dessa forma, Lovatto e Lovatto (2020, p. 68) apontam que alguns tribunais, em razão da ausência de uma padronização, “criaram no sistema eletrônico um processo à parte, para gerir esse acordo no qual figuram apenas a acusação e a defesa, já em outros simplesmente o judiciário determina um prazo para que o Ministério Público e a defesa se reúnam para firmar o acordo”.

Assim sendo, devido à falta de formalização de um procedimento para a realização do acordo, verifica-se o surgimento de situações nas quais o Ministério Público tem deixado de propor o ANPP, oferecendo, assim, a denúncia, sob o argumento de que o investigado não teria confessado a prática do delito em sede de investigação preliminar perante a autoridade policial (SOARES; DAGUER, 2021, n.p.).

Tal prática é alvo de críticas pela doutrina, na medida em que, conforme explica Carvalho:

O fato do investigado não confessar a prática ilícita no inquérito policial não inviabiliza, de plano, o acordo de não persecução penal. Como dito acima, há necessidade de confissão formal do investigado. E essa confissão deve ocorrer na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal. Dessa forma, mesmo que o investigado tenha negado a prática delituosa no inquérito policial, o membro do Ministério Público, verificando pelos autos que os demais pressupostos e requisitos do ANPP estão presentes no caso concreto, deve designar audiência extrajudicial na sede do Ministério Público para explicar o ANPP ao investigado e seu defensor e esclarecer que o ANPP pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, deixando a critério do investigado se deseja confessar – e ter o ANPP – ou manter a negativa da prática já exposta durante o inquérito policial (CARVALHO, 2020, p. 255).

No mesmo sentido é o posicionamento de Silva:

Mesmo que o investigado não tenha confessado ao longo da investigação criminal, seja porque negou, seja porque simplesmente não compareceu ao órgão investigatório, cabe notificação específica pelo Ministério Público, a fim de iniciar a negociação do ANPP, com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o parquet (SILVA, 2020, p. 269).

Essa questão foi recentemente matéria de discussão no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento realizado pela Sexta Turma referente ao Habeas Corpus n.º 657165/RJ. Na decisão, os ministros apontaram inicialmente que, em que pese o ANPP não possa ser considerado um direito subjetivo do réu, não deve ser entendido como uma mera faculdade a ser exercida pelo Ministério Público (PARA...

2022, n.p.). Dessa forma, trata-se, em verdade, de um poder-dever a ser exercido pelo Parquet.

Desse modo, o Ministro Relator do caso, Rogério Schietti, destacou que a previsão do art. 28-A do Código de Processo Civil se trata de um instituto despenalizador, que busca otimizar o sistema da justiça criminal e, portanto, não pode deixar de ser aplicado sem que haja uma justificativa idônea. Ainda, afirmou que nos casos de recusa do Ministério Público em oferecer o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, conforme o artigo 28-A, parágrafo 14, do CPP, através de recurso em sentido estrito (PARA..., 2022, n.p.).

No caso sob julgamento, o relator consignou que o acusado estava sem advogado no momento em que foi interrogado na polícia e se manteve em silêncio. Ainda, não consta que o mesmo tenha sido informado sobre a possibilidade de celebração do acordo caso confessasse a prática delitiva. Assim, aduziu o ministro que:

Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (acordo de não persecução penal) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta (PARA..., 2022, n.p.).

Mais que isso, a Turma entendeu que a exigência de confissão na fase policial poderia levar a uma autoincriminação antecipada, “apenas com base na esperança de oferecimento do acordo, o qual – segundo o ministro – poderá não ser proposto em razão da falta de requisitos subjetivos ou de outro motivo” (PARA..., 2022, n.p.). Assim sendo, constata-se que, mesmo que o investigado não tenha confessado a prática do crime na fase pré-processual, seja por ter se negado a falar ou por não ter comparecido ao órgão investigatório, caberá “notificação específica pelo Ministério Público, a fim de iniciar a negociação do

ANPP, com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o parquet” (SILVA, 2020, p. 269).

Ainda, constata-se haver divergências também quanto à possibilidade ou não de utilização da confissão colhida para a celebração de acordo de não persecução penal não homologado. Isso porque, nos termos do art. 28-A, em havendo a recusa da homologação do acordo pelo juiz, é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, *verbis*:

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, Perez Filho afirma:

Entendemos que haveria prejuízo ao investigado se o magistrado utilizar a confissão realizada para a celebração de acordo de não persecução penal não homologado, ainda que para corroborar com outras provas colhidas durante a instrução e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, posição – em tese – passível de ser argumentada diante da atual jurisprudência dos tribunais superiores (PEREZ FILHO, 2020, p. 218).

No mesmo sentido, Nucci (2022, p. 81) entende que, em se tratando de um benefício, não parece ser cabível exigir do investigado a

ampla confissão do crime. “Afinal, se, depois, não for cumprido, o MP pode denunciá-lo e a confissão já terá sido realizada. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo” (NUCCI, 2022, p. 81).

Em sentido oposto, doutrinadores como Carvalho (2020, p. 258) defendem a possibilidade da utilização de tal confissão na ação penal nos casos em que o acordo não for homologado. Dessa forma, percebe-se que tal questão ainda não se mostra pacificada na doutrina, sendo um aspecto da confissão que carece de uma melhor elucidação, conforme aponta Perez Filho:

Lamentavelmente, o legislador quedou-se inerte em um momento que poderia deixar uma regra clara para a sociedade. Caberá à jurisprudência, os Tribunais e, talvez o CNJ, expedir normas administrativas que possam auxiliar na correta aplicação do comando legal (PEREZ FILHO, 2020, p. 218).

Por fim, porém não mesmo relevante, verifica-se que, para além de divergências ora expostas, parte da doutrina questiona a própria constitucionalidade da exigência da confissão para a realização do acordo, porquanto implicaria violação ao direito de não produzir provas contra si mesmo, garantia decorrente da previsão existente no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como no art. 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que restou promulgada no Brasil através do Decreto n.º 678/92 (BRASIL, 1992). Destaca-se que as normas previstas na Convenção possuem, no ordenamento jurídico brasileiro, caráter supralegal. Assim, nas palavras de Mendes e Souza:

[...] ao exigir a confissão, a lei confere à pessoa acusada dispor do devido processo legal, o que, dado o peso probatório que os juízes e as juízas atribuem à auto-atribuição da culpa, em síntese, muitas vezes, implicará o risco de produção prova contra si, algo inaceitável (MENDES; SOUZA, 2020, p. 1196).



Nucci, por exemplo, sustenta que:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma confissão do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente (NUCCI, 2020, p. 222-223).

Igualmente, Lovatto e Lovatto entendem que o ANPP, por exigir a confissão formal e circunstanciada da prática delitiva, trata-se de um acordo ilegítimo. Isso porque, para os autores:

A ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba por tendo de optar entre dois caminhos danosos. Trata-se de imposição de uma situação tida por negocial, mas que apenas transparece o desequilíbrio relacional entre as partes (LOVATTO; LOVATTO, 2020, p. 74).

Para Lopes Júnior (2020, p. 118-119), a exigência da confissão implica clara violação ao direito ao silêncio, porquanto esse direito seria uma manifestação de uma garantia mais ampla, prevista no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o investigado/acusado “não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 119).

Em sentido contrário, parte da doutrina argumenta que o requisito em questão não seria inconstitucional, na medida em que não haveria violação do direito ao silêncio. Afinal, o investigado possuiria a li-

berdade de escolher entre confessar detalhadamente o ato delituoso ou ficar calado (CARVALHO, 2020, p. 253). “É uma opção do investigado, dentro de sua autonomia de vontade e assistido pela defesa técnica” (CARVALHO, 2020, p. 253). No mesmo sentido é a posição de Cabral:

Diante disso, é possível concluir que o estabelecimento, pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal não parece violar o direito de ficar calado, mesmo porque a decisão de confessar decorre de uma opção legítima e importante para a defesa do investigado, além de ser necessariamente orientada por defensor (CABRAL, 2021, p. 136).

Defende o autor (CABRAL, 2021, p. 133) que a confissão só terá validade se for realizada sem qualquer tipo de lesão, coação ou ameaça ao investigado e seus direitos. Mais que isso, Cabral (2020, p. 114) aponta que “o acordo aqui, evidentemente, pressupõe que cada uma das partes renuncie a algo. O Ministério Público abre mão do exercício da ação penal, e o investigado entrega a confissão formal e circunstanciada.”

Destaca-se que o tema da constitucionalidade (ou não) do requisito ora em comento é, atualmente, objeto de deliberação na ADI n.º 6.304, ajuizada pela Associação Brasileira dos Advogados (Abracrim). Os autores da ação sustentam que a exigência de confessar a prática do delito viola o princípio da presunção de inocência (artigo 5.º, LVII, da CF). A ADI ainda se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com o advento da globalização e da pós-modernidade, verificou-se que se torna cada vez mais aparente a dificuldade enfrentada pelo direito e processo penal em acompanhar os avanços da sociedade mo-

derna. Nesse sentido, tendo em vista as permanentes críticas em relação à morosidade e falta de eficácia do sistema judiciário, passou-se a buscar formas alternativas de solucionar tais problemas e responder às demandas de celeridade e eficiência.

Desse modo, verificou-se um movimento em direção ao consensualismo na esfera penal, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Logo, cada vez mais se percebe uma ampliação dos espaços de consenso e negociação no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa toada, constatou-se que o modelo consensual passou a ser uma das três formas de solução de conflitos criminais existentes, possuindo, ainda, duas subdivisões, quais sejam, pacificador/restaurador e negocial.

No Brasil, a possibilidade de se utilizarem soluções dialogadas, negociadas ou consensuais na seara criminal foi inserida no ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988. Mais que isso, o marco inicial da aplicação da justiça consensual no país foi a edição da Lei n.º 9.099/95, que inseriu os institutos consensuais da transação e da conciliação.

O campo de incidência do consensualismo segue sendo ampliado, tendo em vista o surgimento de novas regulamentações. Nesse contexto, recentemente houve a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, que inseriu no Código de Processo Penal o art. 28-A, que prevê um novo instrumento de negociação, o chamado acordo de não persecução penal (ANPP).

Tal acordo se trata de um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial que se opera na esfera criminal, aplicável nos casos de delitos praticados sem violência ou grave ameaça, cuja pena máxima seja inferior a 4 anos, e em que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática criminosa. Nessas situações, o Ministério Público poderá propor o acordo, deixando de oferecer a denúncia, mediante o cumprimento de certas condições pelo agente.

O ANPP busca, assim, trazer uma maior celeridade e efetividade para o processo penal e, igualmente, uma maior atenção à vítima do delito. Porém, tal instituto não se mostra livre de críticas.

Com efeito, em razão de ser uma inserção recente no ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se que ainda não há um procedimento padrão adotado para a aplicação prática do ANPP. Nesse sentido, observou-se existirem certos pontos de divergência quanto a esse instituto, principalmente no que se refere ao requisito da confissão.

Citou-se como exemplo os casos em que o Ministério Público deixa de propor o ANPP, oferecendo a denúncia, sob o fundamento de que o investigado não teria confessado a prática do delito quando da investigação policial. Esse posicionamento adotado foi alvo de reprovação por grande parte da doutrina e recentemente essa questão foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entendeu que a ausência de confissão na investigação preliminar não obsta que seja proposto o acordo pelo *Parquet*.

Entretanto, ainda existem diversas outras situações que seguem sem uma resposta definitiva, seja jurisprudencial ou normativa. Dessa forma, explorou-se também a divergência existente acerca da possibilidade ou não de que a confissão feita quando da propositura do acordo seja utilizada na ação penal nos casos em que o ajustamento não for homologado.

Outrossim, observou-se que a própria constitucionalidade do requisito da confissão é questionada, dividindo opiniões na doutrina. Nessa toada, foram abordados argumentos contrários e favoráveis a essa exigência.

Diante de tal cenário, conclui-se que, na medida em que se trata de um negócio jurídico recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, diversas são as dúvidas que surgem no que se refere, principalmente, à obrigatoriedade da confissão da prática delitiva e sua aplicação e seus efeitos na prática. Nesse sentido, verifica-se a existên-

cia de fortes críticas e divergências em relação a diversos aspectos de tal requisito.

Logo, mostra-se necessário o enfrentamento de tais questões e a supressão das lacunas existentes, pelos Tribunais ou através de normas administrativas, ao efeito de que esse instrumento possa vir a efetivamente auxiliar na política criminal de não encarceramento, promovendo, assim, o consensualismo, a desburocratização e a celeridade do processo penal ao mesmo tempo que assegura a efetiva proteção dos direitos e garantias do investigado.

## REFERÊNCIAS

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 10.372/2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposi-coesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposi-coesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018). Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6

de novembro de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm). Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2018. Pacote Anticrime. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de dezembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html). Acesso em: 10 nov. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 78, out/dez. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro\\_Carvalho\\_Lobato\\_de\\_Carvalho.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf). Acesso em: 17 nov. 2022.

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

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n.

1, p. 279-297, jan/jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919>. Acesso em: 18 nov. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação. **Jus.**, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa> Acesso em: 24 nov. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. DOI:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 20 nov. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVATTO, Aline C.; LOVATTO, Daniel C. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 65-84, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17>. Acesso em: 17 nov. 2022.

MARQUES, Fernando Tadeu et al. **Lei anticrime comentada (13.964/2019)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, José Ney de Siqueira Mendes; NÓVOA, Victor Siqueira Mendes de. Novas regras deveriam se adaptar ao jogo, ou o jogo se adaptar às novas regras? **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-28/mendese-novoa-anpp-justica-penal-negocial>. Acesso em 18 nov. 2022.

MENDES, Soraia da R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrup-

ção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 1175-1208, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i3.374. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/374>. Acesso em: 12 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Forense, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 27

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Forense, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PARA Sexta Turma, falta de confissão no inquérito não impede acordo de não persecução penal. **Superior Tribunal de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/31082022-Para-Sexta-Turma--falta-de-confissao-no-inquerito-nao-impede-acordo-de-nao-persecucao-penal.aspx>. Acesso em: 6 nov. 2022.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Breves reflexões sobre o acordo de não persecução penal. In: CURY, Rogério (org.). **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 15-222. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270531/>. Acesso em: 7 nov. 2022.

SILVA, Marcelo Oliveira da. O Acordo de Não Persecução Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 261-285, set./dez. 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v22\\_n3/revista\\_v22\\_n3\\_261.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_261.pdf). Acesso em: 15 nov. 2022.

SOARES, Rafael Júnior Soares; DAGUER, Beatriz. O momento da confissão e o acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**,



2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-05/opinioao-momento-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 nov. 2022.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 156, p. 279-306, jun. 2019.

# **O direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental no Brasil: contornos para o Direito Penal como uma obrigação positiva**

*The right to personal data protection as a fundamental right in Brazil: outlines for criminal law as a positive obligation*

*Mariany Oliveira Barcelos<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

A proteção de dados pessoais no Brasil ganhou novos contornos ao ser inserida no texto constitucional como um direito fundamental explícito. Nessa perspectiva, é possível compreender que o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais no texto constitucional traz repercussões para o direito penal, uma vez que reconhecido como um bem jurídico protegido constitucionalmente. Assim, o presente trabalho tem como escopo demonstrar quais são as possíveis repercussões do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental explícito no texto constitucional para o direito penal. A metodologia utilizada no trabalho privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e o trabalho está pautado na pesquisa bibliográfica, analisando a legislação e doutrina especializada sobre o

---

<sup>1</sup> Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FPM). Especialista em Direito Digital pela FPM. Advogada. Pesquisadora dos grupos de pesquisa PPGD da FPM “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos versus Interesses Privados” e “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”.

assunto. A técnica de coleta de dados será por meio de documentação indireta e qualitativa, buscando analisar a documentação existente para chegar à conclusão de quais são as possíveis repercussões que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental é capaz de trazer para o direito penal.

**Palavras-chave:** Proteção de dados pessoais. Direito fundamental explícito. Bem jurídico. Obrigação positiva.

### ABSTRACT

The protection of personal data in Brazil gained new contours when it was inserted in the constitutional text as an explicit fundamental right. From this perspective, it is possible to understand that the recognition of the fundamental right to the protection of personal data in the constitutional text has repercussions for criminal law, since it is recognized as a constitutionally protected legal asset. Thus, the present work aims to demonstrate what are the possible repercussions of the recognition of the right to protection of personal data as an explicit fundamental right in the constitutional text for criminal law. The methodology used in the work favors the hypothetical-deductive approach and the work is based on bibliographic research analyzing the legislation and specialized doctrine on the subject. The data collection technique will be through indirect and qualitative documentation, seeking to analyze the existing documentation to reach the conclusion of what are the possible repercussions that the recognition of the right to protection of personal data as a fundamental right is capable of bringing to the right criminal.

**Keywords:** Protection of personal data. Explicit fundamental right. Legal good. Positive obligation.

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais no Brasil ganhou novos contornos ao ser inserida no texto constitucional como um direito fundamental explícito (art. 5.º, LXXIX). Nessa perspectiva, é possível compreender que o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais no texto constitucional traz repercussões para o direito penal, principalmente se for levado em conta que a proteção de dados pessoais é um bem jurídico que merece proteção e que está garantido constitucionalmente como uma obrigação constitucional positiva. Assim, o que se pretende com o presente trabalho é apurar quais são as possíveis repercussões do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental para o direito penal, já que a proteção aos dados pessoais configura um dos valores mais latentes dentro do contexto social atual, que é o da informação e da formação de grandes bancos de dados utilizados como escopo do desenvolvimento social.

O titular dos dados pessoais detém positivado, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o direito à proteção de seus dados pessoais. No entanto, mesmo que não se desconsidere sua relevância, a referida legislação não se dirige a questões ligadas ao direito penal e processual penal. Nesse sentido, não há vinculação das normas penais e processuais penais com a citada legislação. Ocorre que, com o reconhecimento de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental explícito no texto constitucional, há possíveis repercussões do direito penal, o que torna essa discussão relevante, já que se faz necessária a compreensão de quais possíveis repercussões tal reconhecimento acarreta para o direito penal, a partir da exposição de que os dados pessoais configuram bens jurídicos e encontram previsão constitucional como direito fundamental. Assim, a presente investigação tem por objeto tratar das possíveis repercussões do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e explícito no

texto constitucional para o direito penal, uma vez que, em que pese ainda não haja legislação dentro da esfera penal acerca da matéria, há que se verificar as repercussões que a previsão constitucional traz para as demais áreas do direito, não eximindo o âmbito penal.

A metodologia utilizada no trabalho privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e ele está pautado na pesquisa bibliográfica, analisando a legislação e doutrina especializada sobre o assunto. A técnica de coleta de dados será por meio de documentação indireta e qualitativa, buscando analisar a documentação existente para chegar à conclusão de quais são as repercussões para o direito penal que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental positivado na Constituição Federal pode ocasionar.

A fim de estruturar a abordagem desse tema, o trabalho está pautado em três pontos. O primeiro ponto apresenta o reconhecimento dos dados pessoais como um direito fundamental explícito no texto constitucional. Na sequência, demonstra-se o direito à proteção de dados pessoais como um bem jurídico protegido e, por último, busca-se demonstrar que a previsão constitucional de um bem jurídico traz repercussões ao direito penal como uma obrigação positiva.

## **2 O RECONHECIMENTO DOS DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL EXPLÍCITO NO TEXTO CONSTITUCIONAL**

A organização social de uma sociedade não é estática, ela se altera com o decorrer do tempo, a depender, essencialmente, do contexto econômico, político e dos valores que se detém como fundamentais.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 98-108. O autor afirma que a sociedade em rede não pode ser entendida sem a interação entre o desenvolvimento de novas tecnologias da informação e a tentativa da antiga sociedade de reaparelhar-se com o uso do poder da tecnologia para servir a tecnologia do poder. Ainda, sustenta o autor que a representação material da sociedade da informação é pelo conjunto dos aspectos centrais da informação, além da economia, para assim ter-se o caminho da transformação social.

No contexto atual, a partir do avanço tecnológico, a informação passou a ser vista como uma ferramenta primordial de vários setores do contexto social, o que ocasionou o surgimento da sociedade da informação. Roberto Senise Lisboa refere que a expressão “sociedade da informação” é utilizada para identificar período histórico no qual a informação prepondera sobre os meios de produção e distribuição dos bens na sociedade, em razão das programações de dados e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto.<sup>3</sup> Nessa perspectiva, os dados passam a atuar como componentes da informação, gerando como consequência a economicidade da informação, assim como a criação de grandes bancos de dados.<sup>4</sup>

O direito à proteção de dados pessoais, por ter sido objeto da Lei Geral de Proteção de Dados que entrou em vigor no Brasil em 2020,<sup>5</sup> remete ao pensamento de que é um direito recente. No entanto, em que pese a incorporação do termo “proteção de dados pessoais” no contexto legislativo e jurídico no Brasil ser recente, o direito à proteção de dados não configura uma novidade, já que, de acordo com o que ensina Danilo Doneda, questões relacionadas à proteção de dados não eram estranhas à prática jurídica do país.<sup>6</sup> A proteção de dados pessoais era relacionada a questões referentes à privacidade, ao direito do consumidor<sup>7</sup>, assim

---

<sup>3</sup> LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Academia.edu.**, 2022. Disponível em: [https://www.academia.edu/42972871/DIREITO\\_NA\\_SOCIEDADE\\_DA\\_INFORMACAO](https://www.academia.edu/42972871/DIREITO_NA_SOCIEDADE_DA_INFORMACAO). Acesso em: 30 out. 2022. p. 10.

<sup>4</sup> LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Academia.edu.**, 2022. Disponível em: [https://www.academia.edu/42972871/DIREITO\\_NA\\_SOCIEDADE\\_DA\\_INFORMACAO](https://www.academia.edu/42972871/DIREITO_NA_SOCIEDADE_DA_INFORMACAO). Acesso em: 30 out. 2022. p. 9.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei Federal n.º 13.709/2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>6</sup> DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 10.

<sup>7</sup> DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 10.

como a proteção do sigilo de determinados tipos de dados pessoais, por exemplo.<sup>8</sup>

Ocorre que o direito à proteção de dados pessoais não corresponde unicamente ao direito à privacidade<sup>9</sup> ou ao sigilo das informações, mas sim a um direito que vai além, “cuidando-se, de tal sorte, de um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade”.<sup>10</sup> Nesse sentido, a partir do contexto de que a informação é preponderante e tem ampla relevância para a criação de banco de dados, é que se viu como latente a necessidade social da uniformização dos entendimentos dos poderes legislativo, executivo e judiciário sobre quais direitos são conferidos maior proteção, com o intuito de garantir segurança jurídica sobre as demandas que envolvem a temática nascida dentro do panorama atual.

Diante dessa perspectiva, foi que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao verificar que as normas expressamente instituídas não dariam conta de solucionar os desafios gerados pela colisão entre princípios, atuou de forma ativa, a partir dos mecanismos pertinentes e existentes,<sup>11</sup> para a tomada de decisão que acarretou uma pacificação

---

<sup>8</sup> ABREU, Jaqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 584.

<sup>9</sup> DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 10.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 33.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94. De acordo com Robert Alexy, as regras quando conflitantes acarretam invalidade de uma ou outra, os princípios colidentes passam por uma análise de precedência de pesos. Ou seja, o princípio da proporcionalidade é um dos mecanismos disponíveis para que os intérpretes jurídicos resolvam de forma satisfatória a colisão entre dois ou mais princípios, sendo composto pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

jurisprudencial e doutrinária sobre os dados pessoais e os direitos dos titulares após caso concreto.

Nos dias 6 e 7 de maio de 2022, o STF proferiu decisão<sup>12</sup> que suspendeu a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020, reconhecendo que o direito à proteção de dados pessoais é um direito fundamental autônomo.<sup>13</sup> Isso porque a Medida Provisória n.º 954/2020<sup>14</sup> instituía que as operadoras de telefonia repassassem para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dados de seus consumidores, como celular e endereço, com o intuito de dar prosseguimento ao trabalho de realização de estatística no contexto pandêmico, que exigia o distanciamento social. Diante disso, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF,<sup>15</sup> que acarretou a análise pelo STF da questão envolvendo a proteção de dados pessoais e os direitos dos titulares em colisão com o prosseguimento do desenvolvimento de estatísticas pelo IBGE, dentro do contexto instaurado pela pandemia do Covid-19, que exigia o distanciamento social. A decisão do STF, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, contou com a maioria de 10 votos para suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020.<sup>16</sup>

Nesse contexto, permite-se compreender que a decisão proferida pelo STF no caso concreto é um marco histórico para o reconheci-

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/2020**. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>13</sup> MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>14</sup> BRASIL. Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/2020**. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/2020**. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 26 jun. 2022.



mento de que direito à proteção de dados no Brasil é um direito fundamental, implicitamente reconhecido. A partir de tal decisão, houve o reconhecimento expresso de que a proteção de dados é um direito fundamental que deveria ser previsto constitucionalmente, como de fato foi.

Os direitos fundamentais não necessitam de integrar de forma explícita o rol de Direitos fundamentais da Constituição de um Estado, sendo possível o reconhecimento de outros direitos fundamentais além dos enumerados no texto constitucional.<sup>17</sup> Isso decorre do fato de que, conforme ensinam Anízio Pires Galvão Filho e Luiz Fernando Calil de Freitas, “pode ser formulado o conceito de direito fundamental como o conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*”.<sup>18</sup> Em outras palavras, os direitos fundamentais não estão exauridos no corpo constitucional, sendo possível, a partir da leitura do rol dos direitos fundamentais lá explícitos, encontrar-se direitos fundamentais implícitos decorrentes daqueles que estão expressos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 não previa em seu texto constitucional a proteção de dados como um direito fundamental autônomo e expressamente reconhecido, sendo associado sempre que necessário a alguns direitos fundamentais expressos. Conforme palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à proteção de dados detém *status* de direito fundamental decorrente de seu reconhecimento implícito pelo ordenamento jurídico, e, em razão da hierarquia normativa, serve de parâmetro para o controle da legitimidade constitucional

---

<sup>17</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direitos fundamentais estatuidos não diretamente ou implícitos? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, set./dez. 2020. p. 238. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39487>. Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>18</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direitos fundamentais estatuidos não diretamente ou implícitos? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, set./dez. 2020. p. 235. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39487>. Acesso em: 2 dez. 2022.

dos atos normativos infraconstitucionais e atos e omissões do poder público em geral.<sup>19</sup>

A partir da compreensão de que o direito à proteção de dados é um direito fundamental implicitamente reconhecido pelo ordenamento jurídico, é passível a compreensão de que a decisão proferida pelo STF em face à Medida Provisória n.º 954/2020 trouxe para a área da proteção de dados no Brasil um novo olhar: o reconhecimento da necessidade de positivação do direito à proteção de dados como um direito fundamental autônomo no texto constitucional.

A decisão proferida pelo STF, a partir da análise dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, como o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e à inviolabilidade do sigilo dos dados, previstos no artigo 5.º, X a XII da Constituição Federal,<sup>20</sup> enseja a interpretação de que o direito à proteção de dados, mesmo que não expresso no rol de direitos fundamentais da Lei Maior, é um direito fundamental que merecia reconhecimento expresso do texto constitucional, eis que difere dos direitos citados e detém um escopo maior de abrangência em relação às temáticas que envolvem dados pessoais. Nesse sentido, de acordo com as palavras de Laura Schertel Mendes, “a decisão trouxe o reconhecimento de um direito

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEGA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

<sup>20</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

fundamental à proteção de dados como direito autônomo, extraído a partir da leitura sistemática do texto constitucional brasileiro”.<sup>21</sup> Desse modo, se reconhece, a partir do panorama retratado, que a decisão proferida configurou uma verdadeira mudança de entendimento e evolução em relação à jurisprudência anterior do STF em relação à proteção de dados,<sup>22</sup> ensejando uma construção para o reconhecimento de que o direito à proteção de dados é um direito fundamental que deveria integrar o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A decisão proferida encaminhou a discussão sobre a proteção de dados no Brasil, a partir do que se percebe, para a necessidade de existir além de uma lei geral sobre a temática, encaminhando o direito à proteção de dados para a inserção no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Ingo Wolfgang Sarlet ensina que “incluindo o legislador, o regime jurídico constitucional qualificado à proteção de dados pessoais implica determinadas garantias expressa ou implicitamente asseguradas pela constituição formal [...]”.<sup>23</sup>

A previsão do direito à proteção de dados como direito fundamental previsto no texto constitucional é capaz de trazer como garantia maior segurança e proteção contra arbitrariedades, uniformização de entendimento e aplicabilidade pelos poderes Legislativo, Executivo

---

<sup>21</sup> MENDES, Laura Schertel. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 62.

<sup>22</sup> MENDES, Laura Schertel. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 65.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

e Judiciário, causando maior segurança jurídica, limites materiais para eventuais reformas e controle da legitimidade de intervenções.<sup>24</sup>

Nesse panorama, portanto, verifica-se que a decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/2022, em razão da Medida Provisória n.º 954/2020, trouxe para a proteção de dados o olhar de que um direito fundamental implícito merecia previsão constitucional, para fins de maior segurança jurídica quanto à temática relevante no contexto social atual, impactando ao ponto de atualmente tal direito estar expressamente previsto no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal no artigo 5.º, LXXIX.

### 3 UM BREVE TRAÇADO HISTÓRICO DO BEM JURÍDICO ATÉ A DEFINIÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO UM BEM JURÍDICO PROTEGIDO

A partir da compreensão de que os dados pessoais se tornaram um direito fundamental autônomo reconhecido expressamente na Constituição Federal, após a decisão proferida pelo STF, o aprofundamento sobre o conceito de bem jurídico penal configura uma necessidade. Isso porque, a partir da inserção do direito à proteção de dados pessoais no texto constitucional como um direito fundamental, é passível a compreensão de que houve o reconhecimento de que se trata de um bem jurídico que enseja relevante proteção e que desencadeia repercussões no direito penal.

De acordo com o que assevera Jorge de Figueiredo Dias, o conceito de bem jurídico não pode – talvez jamais possa – ser definido como um conceito fechado capaz de gerar segurança e nitidez.<sup>25</sup> Ocorre que,

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

<sup>25</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **A perspectiva racional**: a função da tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídicos-penais). p. 62.

para o presente trabalho, se tentará partir de um traçado histórico e, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, trazer uma definição de bem jurídico para melhor compreensão das eventuais repercussões, no direito penal, que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um bem jurídico que mereceu reconhecimento de direito fundamental pode acarretar em razão da sua previsão constitucional.

Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Andressa Paula de Andrade referem que a ideia de bem jurídico advém da concepção da lesão a direitos subjetivos defendida por Johann Anselm Ritter von Feuerbach, uma vez que o referido autor foi pioneiro na construção do conceito material de delito, ao abordar a necessidade de comprovação de um conteúdo a ser tutelado pela norma penal.<sup>26</sup> Ainda no período iluminista, não era possível falar-se em dano a bem jurídico, porque o ilícito penal baseava-se na violação de um direito subjetivo<sup>27</sup>, e baseava-se necessariamente na idade de contrato social.<sup>28</sup>

A Teoria do Bem Jurídico, de acordo com Giovani Agostini Saavedra e Vinicius Gomes de Vasconcellos, ganha suas primeiras impressões a partir dos questionamentos introduzidos pela visão de crime como violação de um direito subjetivo proposto por Johann Anselm Ritter von Feuerbach.<sup>29</sup> Isso porque, de acordo com o que sustentam os mesmo autores, parcela majoritária da doutrina atribui o surgimen-

---

<sup>26</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 19.

<sup>27</sup> SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Ofensividade em direito penal: revistando o conceito de bem jurídico a partir da teoria do reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, jan./jun.2012. p. 16.

<sup>28</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 19.

<sup>29</sup> SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Ofensividade em direito penal: revistando o conceito de bem jurídico a partir da teoria do reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, jan./jun.2012. p. 16.

to da Teoria do Bem Jurídico a Johann Michael Franz Birnbaum, já que em 1834, ao criticar a abstração teórica da caracterização de crime como violação a direito subjetivo, delineou as primeiras impressões sobre bem jurídico.<sup>30</sup> Ana Elisa Liberatore S. Bechara sustenta que, a partir da compreensão de Johann Anselm Ritter Von Feuerbach de que o Estado era considerado pela decisão comum entre todos os indivíduos que a compunham, com o objetivo de assegurar liberdade aos cidadãos, sendo a tarefa fundamental proteger os direitos subjetivos dos mesmos, Birnbaum ampliou o espectro do conteúdo material do crime e estabeleceu que o delito não lesiona apenas direitos subjetivos, mas sim bens.<sup>31</sup> No entanto, a primeira referência que se tem acerca da conceituação de bem jurídico, segundo Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Andressa Paula de Andrade, surge com a obra de Karl Binding intitulada *Die Normen*, no qual sustenta que somente a lei tem competência para definir e criar o bem jurídico que reclama intervenção penal.<sup>32</sup>

Nessa perspectiva, Ana Elisa Liberatore S. Bechara refere que, de acordo com as definições de Birnbaum e Karl Binding, o bem jurídico, visto com preceitos da escola positivista, era definido como tudo aquilo que o legislador elegeisse como tal.<sup>33</sup> Ou seja, não importava o real interesse social em sua proteção, mas sim a mera escolha do legislador, que poderia ser até arbitrária e aleatória.<sup>34</sup> Ocorre que, diante do pós-Segunda Guerra Mundial, veio à tona a discussão da necessidade de

---

<sup>30</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Ofensividade em direito penal: revistando o conceito de bem jurídico a partir da teoria do reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, jan./jun.2012. p. 16.

<sup>31</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista das Liberdades**, São Paulo, n.1, p.16-29, maio/ago. 2009. p. 17-18.

<sup>32</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 23.

<sup>33</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista das Liberdades**, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. p. 18.

<sup>34</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democratico de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Santiago de Chile: ConoSur, 1992. p. 46.

limitação das punições, e Hans Welzel foi o primeiro teórico a trazer limites rígidos para a definição de bens jurídicos, que acabou por possibilitar espaço para a inserção do relativismo valorativo no campo penal.<sup>35</sup>

Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Andressa Paula de Andrade sustentam que Welzel entende que o bem jurídico é um bem de grande importância e relevância para um grupo ou indivíduo, e que, diante disso, é amparado juridicamente.<sup>36</sup> Já Claus Roxin, com fundamentos do Estado Democrático de Direito, é avesso à ideia de proteção de bens jurídicos de caráter geral, defendida pela Escola de Frankfurt.<sup>37</sup> O autor ressalta a necessidade de que o bem jurídico de caráter geral tenha vínculo com o indivíduo.<sup>38</sup> Ou seja, para o autor, o bem jurídico está intimamente ligado às finalidades da pena,<sup>39</sup> o que enseja o pensamento de que o direito penal deverá assegurar, ao menos em um primeiro momento, os bens jurídicos fundamentais que são inerentes a todos (e.g. vida, integridade física).<sup>40</sup> Diante do escopo traçado por Claus Roxin, o legislador penal deve observar que não poderá legislar sobre bens discrepantes à ordem constitucional.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> LUZ, Yuri Corrêa. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 52. Disponível em: [https://www.academia.edu/8495694/Entre\\_bens\\_jur%C3%ADdicos\\_e\\_deveres\\_normativos\\_um\\_estudo\\_sobre\\_os\\_fundamentos\\_do\\_Direito\\_Penal\\_contempor%C3%A2neo](https://www.academia.edu/8495694/Entre_bens_jur%C3%ADdicos_e_deveres_normativos_um_estudo_sobre_os_fundamentos_do_Direito_Penal_contempor%C3%A2neo). Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>36</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 25.

<sup>37</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 28.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ago. 2012. p. 2.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça da pena? Sobre a legitimação das proibições penais. **Revista Jurídica Nota Dez**, Porto Alegre, mar. 2004. p. 70.

<sup>40</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 28-29.

<sup>41</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção

A partir da breve exposição histórica acerca do bem jurídico, é possível se coadunar à teoria tridimensionalista de Miguel Reale,<sup>42</sup> que refere que o fenômeno jurídico é resultado do fato, do valor e da norma. Isso significa dizer que “a Ciência do Direito é uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a convivência humana”.<sup>43</sup> Valendo-se dessa teoria, verifica-se que o direito, assim como a definição de bem jurídico, é dinâmico, aberto às mudanças sociais e ao avanço científico.<sup>44</sup> E, nesse sentido, é possível alinhar-se à ideia de que, conforme Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Andressa Paula de Andrade ensinam, se exige no tempo pós-moderno que a ciência criminal busque formas de se alinhar formal e materialmente aos fundamentos constitucionais para encontrar a eficaz proteção penal conjugada com a mínima violação de liberdades e garantias individuais.<sup>45</sup>

A partir dessa perspectiva, o direito à proteção de dados pessoais pode ser definido como um bem jurídico. Isso porque a proteção de dados pessoais no contexto atual em que a sociedade se encontra inserida – da informação – é uma necessidade latente, configurando-se em um bem jurídico relevante, porque, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias, embora não se possa fechar definitivamente o conceito de bem jurídico, há um consenso majoritário que o conceitua como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção

---

penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 30.

<sup>42</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 507-511.

<sup>43</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao\\_noticia/gianpaolo2.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf). Acesso em: 27 nov. 2022.

<sup>44</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao\\_noticia/gianpaolo2.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf). Acesso em: 27 nov. 2022.

<sup>45</sup> ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016. p. 37.



ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”<sup>46</sup>

Diante dessa construção de bem jurídico como objeto ou bem em si socialmente relevante, é possível enquadrar os dados pessoais como bens jurídicos que merecem tutela do direito penal. Isso porque, conforme palavras de Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Cristina Caldeira,<sup>47</sup> a tutela de dados é, em síntese, a proteção da pessoa humana, e como tal merece prioridade e especial efetividade. A partir dessa compreensão, é que se permite vislumbrar que os dados pessoais, ao estarem positivados na Constituição Federal como um direito fundamental, desempenham o papel de bem jurídico protegido e que deve ser objeto de observação e também de proteção pelo direito penal.

#### 4 A OBRIGAÇÃO POSITIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUANTO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: UM DIREITO PENAL VINCULADO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados representa uma mudança paradigmática no que se refere à proteção de dados pessoais no Brasil.<sup>48</sup> No entanto, embora não se desconsidere a relevância

---

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **A perspectiva racional**: a função da tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídicos-penais). p. 63.

<sup>47</sup> SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil, para a proteção integral da pessoa humana. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civillistica.com/o-consentimento-informado-e-a-protecao/>. Acesso em: 11 ago. 2022. As autoras explicam que: “dados pessoais são todas as informações de caráter pessoalíssimo caracterizadas pela identificabilidade do seu titular, enquanto os dados sensíveis são aqueles que tratam sobre a origem racial e étnica, as convicções políticas, ideológicas, religiosas, as preferências sexuais, os dados sobre a saúde, os dados genéticos e os biométricos. O conjunto dessas informações compõe os perfis e as identidades digitais, possuindo valor político e, sobretudo, econômico, vez que podem ser a matéria prima para o uso de softwares diretamente atrelados às novas formas de controle social, especialmente mediante o uso de algoritmos”.

<sup>48</sup> ABREU, Jaqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de**

provocada pela Lei Geral de Proteção de Dados à proteção de dados pessoais, o artigo 4.º, inciso III, da referida legislação destaca que ela é inaplicável, dentre outros, no âmbito do direito penal. Ainda, o §1.º do mesmo artigo refere que as hipóteses do inciso III, dentro do qual encontram-se as disposições que envolvem o direito penal, necessitam de legislação própria sobre a matéria, tendo em mente a observação do devido processo legal e os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.<sup>49</sup>

Em 2020, em que pese o Brasil não contar com uma legislação específica sobre a temática mencionada no artigo 4.º da Lei Geral de Proteção de Dados, uma comissão formada por juristas apresentou o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a Segurança Pública e Persecução Penal.<sup>50</sup> A partir do mencionado anteprojeto, foi proposto o Projeto de Lei n.º 1.515/2022,<sup>51</sup> que trata sobre a regulação da proteção de dados pessoais dentro do contexto da segurança do Estado, de defesa nacional, segurança pública e de investigação e repressão de infrações penais, e que se aproveita de partes do anteprojeto.<sup>52</sup> Embora tal proposta se encontre parada, e ainda não exista nada concreto que envolva a legislação penal sobre a temática, o projeto de lei, por dispor do tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para fins exclusivos de segurança do Estado, defesa nacional, de segurança pública e de atividades de investigação e repressão nas infrações penais, reconhece, mesmo que por via reflexa, que a fundamentalidade

---

**dados pessoais.** Rio de Janeiro:Forense, 2021. p. 588.

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei Federal n.º 13.709/2018.** Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>50</sup> BRASIL. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal.** Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protacao-dados-seguranca-persecucao-FINAL.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2022.

<sup>51</sup> BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.515/2022.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2326300>. Acesso em: 16 abr. 2023.

<sup>52</sup> BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.515/2022.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node015ex5kw1uouc31o74ogkmpo16921168599.node0?codteor=2182274&filename=PL+1515/2022](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node015ex5kw1uouc31o74ogkmpo16921168599.node0?codteor=2182274&filename=PL+1515/2022). Acesso em: 4 dez. 2022.

do direito à proteção de dados pessoais traz repercussões ao direito penal, inclusive como obrigação positiva para fins de evitar violações aos direitos dos titulares de dados. Isso porque o Projeto de Lei, no artigo 2.º, refere que a proteção de dados pessoais no âmbito penal tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à vida privada e à intimidade, o contraditório e o devido processo legal.<sup>53</sup>

É diante desse cenário que se fundamenta a relevância do reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental explícito no texto constitucional, bem como que os dados pessoais se atrelam ao conceito de bem jurídico, eis que, a partir disso, permite-se a compreensão de que, mesmo que ausente no presente momento uma lei específica no âmbito do direito penal acerca da proteção de dados pessoais, o fato de estar previsto constitucionalmente como um direito fundamental acarreta repercussões ao direito penal como uma obrigação positiva advinda da Constituição Federal, o que se confirma a partir da leitura do Projeto de Lei mencionado.

O STF, quando proferiu decisão que elevou a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e expresso no texto constitucional, desaguou na Constituição Federal uma obrigação positiva de proteção aos dados pessoais dos titulares que vincula todo o ordenamento jurídico. Isso decorre do fato de que, conforme concepção

---

<sup>53</sup> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais em atividades de segurança pública e de persecução penal tem como fundamentos: I - a dignidade, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais; II - o respeito à vida privada e à intimidade; III - a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a presunção de inocência; V - garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal; e VI - o dever estatal de eficiência nas atividades de segurança do Estado e de defesa nacional e de garantia do direito à segurança pública, por meio da instituição de mecanismos que otimizem a prevenção, investigação e repressão de infrações penais. BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.515/2022**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2326300>. Acesso em: 16 abr. 2023.

de José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição Federal é dirigente/compromissória.<sup>54</sup> Ou seja, de acordo com o que ensina Anderson Cavalcante Lobato, as normas previstas na Constituição Federal que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>55</sup>

Diante desse contexto, entende Fábio Roque Sbardelotto que as normas constitucionais vigentes em nosso país devem refletir-se para todos os ramos do Direito, apresentando-se o direito penal como um dos instrumentos para se fazer valer a observação das normas constitucionais.<sup>56</sup> Ainda, continua o autor, “afigura-se evidente a necessidade de o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos, sendo inegável que representam eles o que de mais relevante há para a sociedade brasileira”.<sup>57</sup> Na mesma linha de raciocínio é o que leciona Lenio Luiz Streck ao afirmar que “as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado”.<sup>58</sup>

Nesse sentido, não é passível de compreensão diversa que o fato de a proteção de dados pessoais no Brasil ter sido elevada para um direito fundamental autônomo previsto no texto constitucional, a partir da concepção de um bem jurídico que carecia de maiores proteções,

---

<sup>54</sup> Conforme menciona o autor, “[...] os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que pretendem continuar a chamar de direito, democráticos especiais”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. XXX).

<sup>55</sup> LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, Unisinos, p. 8-13, set./dez. 1999.

<sup>56</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81.

<sup>57</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 85.

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle de constitucionalidade. *In*: A sociedade, a violência e o direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 124.

enseja uma obrigação positiva pela Constituição Federal ao direito penal. Isso decorre do fato de que, “sendo o Direito um instrumento de transformação social, o Direito Penal não pode estar desvinculado das finalidades inerentes ao Estado Democrático de Direito.”<sup>59</sup>

A partir disso, a atuação do direito penal nas situações fáticas que envolvam violações de dados pessoais deve estar atrelada à disposição constitucional que prevê a tal direito as proteções conferidas aos direitos fundamentais. Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que, “incluindo o legislador, o regime jurídico constitucional qualificado à proteção de dados pessoais implica determinadas garantias expressa ou implicitamente asseguradas pela constituição formal [...]”.<sup>60</sup> Em outras palavras, aos dados pessoais é conferida proteção extensa que vincula todas as áreas do direito, inclusive o direito penal, a qual acarreta a observação de que violações a tal direito ensejam responsabilização, assim como também acarreta que a própria atuação penal seja em observância ao dispositivo constitucional de proteção de dados pessoais.

Nesse sentido é o entendimento de Nereu José Giacomolli, ao afirmar que os direitos fundamentais não se apresentam como meras declarações normativas ou “em simples exortações programáticas de retórica jurídica”, mas sim como pilares ao processo penal que ensejam aplicação imediata.<sup>61</sup> Isso determina que a hermenêutica processual penal observe as exigências globais, passando pela Constituição Federal, abandonando a única ideia de que para atuar deve estar ligado ao positivismo e formalismo.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 117.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

<sup>61</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 35.

<sup>62</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 35.

Essa concepção enseja o diálogo das fontes, permitindo-se a compreensão de uma relação dialógica que estabelece uma comunicação maior entre a normativa ordinária do direito penal e o direito constitucional.<sup>63</sup>

Assim, é permitido compreender que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental enseja para o direito penal repercussões de uma obrigação positiva advinda da Constituição Federal, que acarreta a atuação do direito penal em caso de violações a tal direito, mesmo que ainda não se tenha um lei ordinária que regulamente a questão à proteção de dados pessoais no âmbito penal. Isso porque não configura novidade que dentro do Direito Processual Penal conciliar o binômio privacidade x persecução penal sempre foi um dos maiores dilemas existentes. Recentemente, o Departamento de Polícia de Nova York compilou um enorme banco de dados de pessoas que poderiam estar envolvidas com gangues criminosas, o que colocou em discussão vieses discriminatórios, a partir da utilização dos dados coletados.<sup>64</sup> Nesse sentido, diante do cenário exposto no Brasil – direito fundamental à proteção de dados pessoais –, é passível a compreensão, por exemplo, de que a investigação penal, principalmente no que tange a coleta de provas, deve observar, para além de todas as diretrizes constitucionais e legais existentes no Brasil, que o direito à proteção de dados pessoais configura um bem jurídico protegido, já que é um direito fundamental expresso no texto constitucional e que, portanto, ao investigado, que é também titular dos dados pessoais, devem ser assegurados os efeitos de tal reconhecimento, agindo assim de forma que atue positivamente para a manutenção da garantia de tal direito.

---

<sup>63</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 36.

<sup>64</sup> BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 691.

Portanto, é inegável que a integração do direito à proteção de dados pessoais no texto constitucional acarreta o reconhecimento de que este merece, para além de outras proteções, a atuação do direito penal positiva, pautada pela premissa dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos protegidos.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho consistiu na exposição de que quando o direito à proteção de dados pessoais passou a integrar o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e inserção do inciso LXXIX no artigo 5.º da Constituição Federal, houve repercussões para todos os ramos do Direito, inclusive para o direito penal.

É inegável que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe para a proteção de dados uma mudança paradigmática, uma vez que ensejou a percepção de que os dados pessoais não se referem apenas àqueles dispositivos constantes no texto constitucional. No entanto, o artigo 4.º da referida legislação é claro ao expressar que para o contexto do direito penal ela é inaplicável.

Nesse sentido, o STF, ao proferir decisão no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/2022, em razão da Medida Provisória n.º 954/2020, concedeu para o direito à proteção de dados no Brasil um novo olhar, eis que se tratava de um direito fundamental implícito que, após o acórdão proferido pelo STF, tornou-se um direito fundamental reconhecido dentro do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, no artigo 5.º, LXXIX, o que ensejou repercussões no direito penal.

Para demonstrar as repercussões no direito penal que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e expresso na Constituição Federal ocasionou, o presente trabalho debruçou-se por primeiro na decisão proferida pelo STF.

Em seguida, esboçou o conceito de bem jurídico e enquadrou os dados pessoais, a partir do reconhecimento como um direito fundamental expresso, como um bem jurídico protegido que merece atenção do direito penal brasileiro. Por último, buscou-se demonstrar que o reconhecimento de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental e um bem jurídico protegido enseja repercussões no direito penal a partir de uma obrigação positiva imposta pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 123, p. 17-62, set. 2016.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista das Liberdades**, São Paulo, n.1, p.16-29, maio/ago. 2009.

BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14, ago. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm). Acesso em: 26 jun. 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/2020**. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protECAo-dados-seguranCA-persecuCAo-FINAL.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.515/2022**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node015ex5kw1uouc31o74ogkmpo16921168599.node0?codteor=2182274&filenome=PL+1515/2022](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node015ex5kw1uouc31o74ogkmpo16921168599.node0?codteor=2182274&filenome=PL+1515/2022). Acesso em: 4 dez. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **A perspectiva racional**: a função da tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídicos-penais).

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou implícitos? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39487>. Acesso em: 10 jul. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Academia.edu**, 2022. Disponível em: [https://www.academia.edu/42972871/DIREITO\\_NA\\_SOCIEDADE\\_DA\\_INFORMA%C3%87%C3%83O](https://www.academia.edu/42972871/DIREITO_NA_SOCIEDADE_DA_INFORMA%C3%87%C3%83O). Acesso em: 30 out. 2022.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, Unisinos, set./dez. 1999.

LUZ, Yuri Corrêa. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/8495694/Entre\\_bens\\_jur%C3%ADdicos\\_e\\_deveres\\_normativos\\_u\\_m\\_estudo\\_sobre\\_os\\_fundamentos\\_do\\_Direito\\_Penal\\_contempor%C3%A2neo](https://www.academia.edu/8495694/Entre_bens_jur%C3%ADdicos_e_deveres_normativos_u_m_estudo_sobre_os_fundamentos_do_Direito_Penal_contempor%C3%A2neo). Acesso em: 2 dez. 2022.

MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 26 jun. 2022.

MENDES, Laura Schertel. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ago. 2012.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça da pena? Sobre a legitimação das proibições penais. **Revista Jurídica Nota Dez**, Porto Alegre, mar. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil, para a proteção integral da pessoa humana, **Civilistiva.com**, Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: [civilistica.com/o-consentimento-informado-e-a-protecao/](http://civilistica.com/o-consentimento-informado-e-a-protecao/). Acesso em: 4 dez. 2022.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Ofensividade em direito penal: revistando o conceito de bem jurídico a partir da teoria do reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, jan./jun. 2012.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao\\_noticia/gianpaolo2.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf). Acesso em: 27 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle de constitucionalidade. *In*: FAYET JÚNIOR, Nei; CORRÊA, Simone P. M. **A sociedade, a violência e o direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.