

REDPPC

Revista Eletrônica de
**DIREITO PENAL E
POLÍTICA CRIMINAL**

vol. 13, n. 2, 2025



ISSN 2358-1956

Expediente

Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC

v. 13, n. 2, jul.-dez. 2025

ISSN 2358-1956

EQUIPE EDITORIAL

Editor Chefe

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Editores Adjuntos

Profa. Dra. Fernanda Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Prof. Dr. Frederico Valdez Pereira, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Prof. Ms. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Membros do Comitê Editorial

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Prof. Dr. Angelo Roberto Ilha da Silva, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Prof. Dr. Marcus Vinicius Aguiar Macedo, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Profa. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alejandro González Gómez, Universidad de Morelia (UEM), México

Prof. Dr. Andrea Castaldo, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno (UNISA), Itália

Profa. Dra. Bartira Macedo de Miranda, Universidade Federal de Goiás (UFG), Brasil

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoço, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil

Profa. Dra. Daniela Villani Bonaccorsi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), Brasil

Prof. Dr. Diego Nunes, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil

Prof. Dr. Eduardo Alcócer Povis, Pontifícia Universidad Católica del Perú (PUCP), Perú

Prof. Dr. Emetério Silva de Oliveira Neto, Universidade Regional do Cariri (URCA), Brasil

Prof. Dr. Emilio Dolcini, Università degli Studi di Milano (UniMi), Itália

Prof. Dr. Fabio Coppola, Università degli Studi di Salerno (UNISA), Itália

Prof. Dr. Gerson Faustino Rosa, Faculdade Maringá (FM), Brasil

Prof. Dr. Giovanni Cocco, Università degli Studi di Cagliari (UniCa), Itália

Prof. Dr. Guillermo Jorge Yacobucci, Universidad Austral (UAustral), Argentina

Prof. Dr. Guillermo José Ospina López, Universidad Autónoma del Cauca (Uniautónoma), Colômbia

Prof. Dr. John Vervaele, Universiteit Utrecht (UU), Holanda

Profa. Dra. Julia Sáenz, Facultad de Derecho Universidad de Panamá (UP), Panamá

Prof. Dr. Luciano de Freitas Santoro, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Brasil

Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Espanha

Prof. Dr. Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho, Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie), Brasil

Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, Universidade Federal do Pará (UFPA), Brasil

Prof. Dr. Ramon Ragués I Vallés, Universitat Pompeu Fabra (UPF), Espanha

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Brasil

Prof. Dr. Rosmar Rodrigues Alencar, Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Brasil

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil

Prof. Dr. Stephen Legomsky, Washington University in St. Louis (WashUlaw), Estados Unidos

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Brasil

Prof. Dr. Thiago Baldani Gomes De Filippa, Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie), Brasil

Avaliadores desta edição

Ana Carolina da Luz Proença • Ana Clara Elesbao • Antonio Henrique Graciano Suxberger • Antonio Justino de Arruda Neto • Bruna Azevedo de Castro • Caroline Leal Ribas • Carolina Olerich Prado • Christiane Kalb • Felinto Alves Martins Filho • Gabriel Saad Travassos • Bruno Heringer Jr. • Gustavo de Souza Preussler • Heitor Moreira de Oliveira • João Gaspar Rodrigues • Luiza Borges Terra • Matheus Felipe de Castro • Matheus Abreu Lopes de Andrade • Renata Fernandes de Oliveira • Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson • Rodrigo da Silva Brandalise • Sara Azevedo de Matos • Tatiana Lourenço Emmerich de Souza • Tiago Oliveira de Castilhos • Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

Endereço

Avenida João Pessoa, nº 80, Centro Histórico, DIR 01

Porto Alegre-RS, CEP 90040-000

<https://seer.ufrgs.br/redppc>

redppc@ufrgs.br

Sumário

Editorial.....	7
<i>Pablo Rodrigo Alflen</i>	
Unpacking the intricacies of extortion crime in South African townships.....	11
<i>Abiodun Omotayo Oladejo</i>	
<i>Nontyatyambo Pearl Dastile</i>	
<i>Amiete Millicent Asamaowei</i>	
O <i>standard</i> probatório nos crimes contra a dignidade sexual: A jurisprudência do STJ entre a proteção da vítima e a presunção de inocência	33
<i>Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha</i>	
<i>Élida Kymberlle Carvalho Castro</i>	
Prisão e decolonialidade: A escravidão como base histórica do poder disciplinar no Brasil.....	49
<i>Marcelo Barros Jobim</i>	
<i>Bruno Leitão</i>	
<i>Francisco França Júnior</i>	
Padrões de tipificação nos crimes em espécie contra o Direito de Propriedade Intelectual.....	61
<i>Aprígio Teles Mascarenhas Neto</i>	
Análise das objeções para a formação da justa causa	95
<i>Tânia Lobo Muniz</i>	
<i>Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes</i>	
<i>João Gomes Neto</i>	
A licitação e as aproximações do Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal Supraindividual.....	115
<i>Maíra Mayrink de Castro Garcia Dias</i>	
<i>Luciano Santos Lopes</i>	
<i>Fake News</i> e o Bem Jurídico Penal.....	131
<i>Sidney Duran Gonzalez</i>	

Violência Psicológica contra a Mulher no Brasil: invisibilidade, impactos e caminhos para a proteção	147
---	------------

Joseval Viana

Regina Célia da Silva

A Súmula Vinculante n.º 14 do STF e o direito de acesso das vítimas à investigação criminal: Uma análise hermenêutica de precedentes	175
---	------------

Aureliano Rebouças Júnior

Editorial

A Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal (REDPPC), periódico vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), apresenta ao público acadêmico mais uma edição dedicada à análise crítica dos problemas centrais que atravessam o Direito Penal contemporâneo, o processo penal e as múltiplas configurações da política criminal no cenário nacional e internacional.

Em um contexto histórico marcado pela intensificação de tensões institucionais, pela reconfiguração das formas de controle social e pela crescente complexificação dos fenômenos criminais, impõe-se à pesquisa jurídica a tarefa de oferecer instrumentos analíticos capazes de ultrapassar leituras simplificadoras, reducionismos dogmáticos e respostas meramente reativas. É precisamente nesse horizonte que se situam os trabalhos reunidos neste número, os quais, a partir de distintas perspectivas teóricas e metodológicas, contribuem para o aprofundamento de questões fundamentais à compreensão crítica do sistema penal.

Os artigos ora publicados enfrentam temáticas de manifesta relevância e atualidade, abordando desde discussões dogmáticas e processuais até investigações voltadas à interface entre criminalidade, desigualdade estrutural, produção institucional de seletividades e transformações sociais contemporâneas. Trata-se de uma edição que reafirma a vocação da REDPPC para acolher reflexões densas, rigorosamente fundamentadas e comprometidas com a articulação entre elaboração teórica qualificada e sensibilidade para os problemas concretos que desafiam o campo jurídico-penal.

Merece especial destaque a presença de contribuição internacional voltada à análise das dinâmicas de extorsão em *townships* sul-africanas, estudo que evidencia, com notável densidade analítica, a intrínseca relação entre processos históricos de marginalização, desigualdade socioeconômica, precarização institucional e conformação de economias criminais. A publicação desse trabalho não apenas amplia o horizonte comparativo desta edição, como também reafirma o compromisso da revista com a internacionalização da pesquisa jurídica e com o fortalecimento de diálogos acadêmicos transnacionais no âmbito da criminologia crítica e da política criminal.

Os textos reunidos neste volume convergem, ainda que por caminhos distintos, para uma constatação comum: a de que a reflexão jurídico-penal contemporânea exige permanente disposição crítica diante dos pressupostos, das funções declaradas e dos efeitos concretos das práticas punitivas. Mais do que operar como técnica normativa isolada, o Direito Penal deve ser continuamente interrogado em suas condições

históricas de emergência, em seus limites epistemológicos e em seus impactos sociais, especialmente em sociedades atravessadas por profundas assimetrias e por persistentes déficits de inclusão e reconhecimento.

A publicação desta edição somente se torna possível graças ao trabalho coletivo que sustenta a atividade editorial científica. Registramos, nesse sentido, nosso sincero agradecimento às pareceristas e aos pareceristas ad hoc, cuja atuação criteriosa, técnica e comprometida com a excelência acadêmica constitui elemento indispensável à preservação da qualidade científica da REDPPC. A avaliação por pares, realizada com rigor, independência e espírito colaborativo, representa não apenas requisito formal de qualificação editorial, mas expressão concreta do compromisso compartilhado com a construção de uma comunidade científica crítica e intelectualmente exigente.

Agradecemos, igualmente, às autoras e aos autores que confiaram seus trabalhos à revista, bem como à equipe editorial, cujo empenho cotidiano viabiliza a continuidade deste espaço de circulação e debate acadêmico.

Esperamos que os trabalhos reunidos neste número possam fomentar novas pesquisas, estimular diálogos acadêmicos qualificados e contribuir para o aprofundamento das discussões contemporâneas em Direito Penal e Política Criminal.

Porto Alegre, dezembro de 2025.

Pablo Rodrigo Alflen
Editor-Chefe da REDPPC

Seção ARTIGOS

Unpacking the intricacies of extortion crime in South African townships

Desvendando as complexidades do crime de extorsão nos townships sul-africanos

Abiodun Omotayo Oladejo 

Directorate of Research, Innovation and Development at Walter Sisulu University, Mthatha, Eastern Cape, South Africa. Master of Science and Bachelor of Science in Sociology from University of Port Harcourt, Choba, Rivers State, Nigeria.

Nontyatyambo Pearl Dastile 

Professor of Social Sciences in the Department of Criminology, Faculty of Law, Humanities and Social Sciences, at Walter Sisulu University, Mthatha, Eastern Cape, South Africa. Doctor of Literature and Philosophy in Criminology and Security Science from University of South Africa, Pretoria, Gauteng, South Africa. Master of Arts in Criminology from University of Pretoria, Pretoria, Tshwane, South Africa.

Amiete Millicent Asamaowei 

Master of Laws in Public, Constitutional and International Law from University of South Africa, South Africa. She is affiliated with the Department of Public, Constitutional and International Law at University of South Africa.

Abstract: South Africa grapples with a significant crime problem characterised by high rates of violent crime, robbery, murder, and sexual violence, propelled by socio-economic factors and structural dynamics of the country. These crimes are particularly rife in the townships where structural constraints rooted in sociohistorical and ongoing injustices fuel them. This article examines a relatively unacknowledged criminal economy, extortion, which has permeated South African townships over the last decade, affecting businesses, particularly those in the retail and construction industries. Drawing upon decolonial and critical paradigms, we argue that the thriving extortion economies in the townships are a consequence of the legacies of the apartheid era and a departure from the radical and social welfare agenda of the African National Congress (ANC). Additionally, we conceptually frame extortion that affects businesses with apartheid links in the townships as a

requit for years of overconcentration of disadvantage in these townships.

Keywords: gang violence, extortion, inequality, apartheid, South Africa

Resumo: A África do Sul enfrenta um problema significativo de criminalidade, caracterizado por altas taxas de crimes violentos, roubos, homicídios e violência sexual, impulsionados por fatores socioeconômicos e pelas dinâmicas estruturais do país. Esses crimes são particularmente prevalentes nos *townships*, onde restrições estruturais, enraizadas em injustiças sócio-históricas e ainda persistentes, contribuem para sua ocorrência. Este artigo examina uma economia criminal relativamente pouco reconhecida — a extorsão — que se disseminou pelos *townships* sul-africanos ao longo da última década, afetando empresas, especialmente nos setores de varejo e construção. Com base em paradigmas decoloniais e críticos, argumenta-se que a expansão das economias de extorsão nos *townships* é uma consequência dos legados do *Apartheid* e de um afastamento da agenda radical e de bem-estar social do *African National Congress* (ANC). Ademais, propõe-se, em termos conceituais, compreender a extorsão que afeta empresas com vínculos ao *apartheid* nos *townships* como uma forma de retribuição pelos anos de concentração acumulada de desvantagens nessas áreas.

Palavras-chave: violência de gangues, extorsão, desigualdade, apartheid, África do Sul

1. Introduction

It is beyond doubt that criminal activities have been a consistent feature of human societies throughout history, with criminogenic factors often rooted in both socioeconomic and sociocultural conditions. The existing literature on the economic determinism of crime has frequently posited that criminal behaviour and/or activities can be understood through a rational choice framework, in which individuals engage in a cost-benefit analysis before committing offences, weighing potential gains against the penalties for apprehension.¹ Conversely, a broader, nuanced understanding may reveal that institutional structures, including those of immediate neighbourhoods,

¹ D'ALESSIO, S. J.; STOLZENBERG, L.; FLEXON, J. L. Economic inequality and the monetary reward in a robbery. *Journal of Economic Criminology*, v. 7, p. 100139, 2025.

significantly constrain or enable criminal actions.²⁻³⁻⁴ There are instances where a disproportionate allocation of resources leads to the neglect of other areas, particularly those characterised by concentrated disadvantage, which paradoxically exhibit higher crime rates despite receiving less proactive policing.⁵ Thus, areas with significant criminal activity remain underserved by law enforcement, while areas with lower crime rates receive an overabundance of police presence.⁶

In South Africa, underclass neighbourhoods,⁷ often referred to as townships, are traditionally considered crime hotspots. For instance, criminal activity is prevalent in poor communities and townships around Cape Town, particularly in Khayelitsha, Gugulethu, Nyanga, and Mitchell's Plain.⁸ South Africa is a highly unequal middle-income country in which enduring structural poverty consigns large swathes of the population to the economic periphery.⁹ Scholars have traced the high rate of crime in South African townships to historical injustices under apartheid.¹⁰⁻¹¹⁻¹²⁻¹³ They argue that the regime was uninterested in fighting and preventing crime in areas occupied by Black Africans, as it had no policy in place for fighting and preventing crime in Black African communities. The government's priority was to protect minority White people and their paraphernalia. Apartheid was spending heavily on controlling black Africans to ensure there were no uprisings against it. Police and other resources were

² SAMPSON, R. J. Urban sustainability in an age of enduring inequalities: Advancing theory and econometrics for the 21st-century city. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 114, n. 34, p. 8957-8962, 2017.

³ HINTON, E. From the war on poverty to the war on crime: the making of mass incarceration in America. In: **From the War on Poverty to the War on Crime**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

⁴ SEWELL, A. A.; JEFFERSON, K. A. Collateral damage: the health effects of invasive police encounters in New York City. **Journal of Urban Health**, v. 93, n. Suppl 1, p. 42-67, 2016.

⁵ ÖZER, M.; KUCUKKAYA, G.; KOSE, Y.; MUKASHEVA, A.; CIRIS, K.; PENUMATCHA, B. V. Mapping Trafficking Networks: A Data-Driven Approach to Disrupt Human Trafficking Post Russia-Ukraine Conflict. In: **International Conference on Computational Science and Computational Intelligence**, Cham: Springer Nature Switzerland, 2024. p. 201-212.

⁶ FRANCHI, M.; ZAMFIRESCU-PEREIRA, J. D.; JU, W.; PIERSON, E. Detecting disparities in police deployments using dashcam data. In: **Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency**, 2023. p. 534-544.

⁷ Used contextually to mean poor neighbourhoods, not by choice, but due to social constraints and inequalities.

⁸ MANALIYO, J. C. Townships as crime 'hot-spot' areas in Cape Town: Perceived root causes of crime in site B, Khayelitsha — **Mediterranean Journal of Social Sciences**, v. 5, n. 8, p. 596-603, 2014.

⁹ NEVES, D.; SAMSON, M.; VAN NIEKERK, I.; HLATSHWAYO, S.; DU TOIT, A. **The use and effectiveness of social grants in South Africa**. Finmark Trust, p. 60, 2009.

¹⁰ NLEYA, N.; THOMPSON, L. Survey Methodology in Violence-prone Khayelitsha, Cape Town, South Africa. **IDS bulletin**, v. 40, n. 3, p. 50-57, 2009.

¹¹ DEMOMBYNES, G.; ÖZLER, B. Crime and local inequality in South Africa. **Journal of Development Economics**, v. 76, n. 2, p. 265-292, 2005.

¹² SINGH, A. M. Private security and crime control. **Theoretical Criminology**, v. 9, n. 2, p. 153-174, 2005.

¹³ SHAW, M. Gender and crime prevention. **International Observer**, v. 8, p. 1-20, 2002.

intensely allocated in White areas so crime and violence in Black African communities would not spiral into White areas.¹⁴ The apartheid regime also concentrated social amenities and economic activities in and around White areas.¹⁵⁻¹⁶ Within this historical context, this study contends that crime should not be viewed solely as an issue of individual behaviour but rather as a manifestation of deep-rooted structural inequalities and systems of racialised social control. By analysing both historical and contemporary contexts, this paper highlights how the legacies of apartheid-era spatial planning, widespread systemic poverty, and ingrained institutional racism continue to influence the dynamics of violence, property crime, and law enforcement practices in these marginalised communities.

The post-apartheid era has seen a slow but steady devolution and incursion of economic activities in townships, with malls and manufacturing outfits springing up. Over the last decade, these economic frontiers have faced an existential crisis from a relatively new form of crime: extortion. Businesses and construction companies in these townships often face extortion attempts. This, we argue, is a requital for the long years of sociohistorical neglect that have enabled crime in these areas.

In the sections that follow, we present the historical and socioeconomic context of South African townships and then outline the crime-control measures implemented by the government in these areas. Thereafter, we discuss the wave of extortion crimes affecting the construction industry (and retail spaces), and we will conclude by reflecting on key contours for controlling these crimes.

2. Historical and socioeconomic context of townships

The evolution and development of townships in South Africa can be traced back to the Apartheid era, even though the colonial conditions that propped it up long predated it. Apartheid is a social policy that governed racial relations between South Africa's White minority and non-White majority between 1948 and the early 1990s, sanctioning spatial segregation and socioeconomic and political discrimination against non-Whites. The policy mandated racial segregation by allocating certain racial groups to specific business and residential precincts. To give fervour to this policy, the apartheid government promulgated the Group Areas Act in 1950, and it became the fulcrum of

¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵ ROGERSON, C. M.; ROGERSON, J. M. Racial discrimination in tourism: The record of apartheid Cape Town. **Modern Geográfia**, v. 20, n. 3, p. 47-67, 2025.

¹⁶ SEKONYELA, B. K.; GREGORY, J. J.; ROGERSON, J. M. Suburban transformation in post-apartheid South Africa: socio-economic mobility and neighbourhood change in 'in-between' spaces. **Modern Geográfia**, v. 19, n. 4, 2024.

apartheid spatial planning. This Act, in a manner that was racially scheming, situated commercial and industrial land uses far from the areas where Blacks, Coloureds, and Indians lived. This would mark the beginning of a continuum of historical (and ongoing) advantage and disadvantage. The Act purposefully underdeveloped townships and turned them into places for workers to sleep after commuting long distances to work in Whites-controlled central business districts (CBDs). Townships were deliberately underserved in terms of amenities, unlike those controlled by Whites, such as suburban nodes and city centres. Urban areas in proximity to white neighbourhoods were designed to have sensory appeal. The apartheid government designed and built these centres with sensory attractions, including beautiful architecture, social facilities, and shopping malls. However, sensory experiences, such as spaza shops, old or dilapidated homes, homelessness, waste disposal problems, etc., were associated with townships, thus reflecting class-based and racialised inequalities. Township life soon became analogous to poverty, unemployment, and sensory overload, characterised by poorly maintained neighbourhoods, overcrowding, and a polluted environment, which could trigger aggression or criminal behaviour as a coping mechanism.¹⁷ South African pass laws were also co-constitutive of the apartheid regime that focused on separating South African citizens on racial grounds. Under the apartheid regime, pass laws were promulgated, separating people by race and controlling where Black South Africans and other racial groups could go and work.¹⁸ Black people crossing into White areas and cities were required to have passbooks containing personal details and approvals. While the overarching aim behind these movement control laws was to establish White superiority over other racial groups and to establish the minority White regime, they also stifled economic opportunity and entrepreneurship in townships.

The South African society under apartheid may be conceptualised as a domain of dualism. By dualism, we mean the inverses that are experienced daily, and concurrently, in a class society.¹⁹ These inverses include advantage and disadvantage, access and restriction, affluence and poverty, opportunity and deprivation, etc. The structural and economic inequality being experienced by the non-White majority soon produced social disorganisation in the townships, including crime. Scholars have foregrounded the criminogenic effects of structural inequality.²⁰⁻²¹

¹⁷ AGNEW, R. The contribution of social-psychological strain theory to the explanation of crime and delinquency. In: **The Legacy of Anomie Theory**. London: Routledge, 2020. p. 113-137.

¹⁸ BODDY-EVANS, A. **Pass laws under apartheid. Apartheid Era Pass Laws of South Africa**, 2020.

¹⁹ DASTILE, N. P.; OLADEJO, A. O.; NNAM, M. U. Doing justice differently: A Pan-Africanist Perspective. In: **Routledge Handbook on Sensory Criminology**. In press, 2025.

²⁰ MATSUEDA, R. L.; GRIGORYEVA, M. S. Social inequality, crime, and deviance. In: **Handbook of the social psychology of inequality**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2014. p. 683-714.

²¹ OUSEY, G. C.; LEE, M. R. Community, inequality, and crime. In: CULLEN, F. T.; WILCOX, P. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminological Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 352

The stark reality of townships is that, even in post-apartheid South Africa, social inequality and spatial patterns persist due to dependency and market forces.²²⁻²³⁻²⁴ Apartheid successfully established systems of entrenched economic geography that self-reinforce even after its abolition. To date, townships remain markedly impoverished, underserved, and crime-ridden. For instance, most of the crimes reported in the Western Cape, a South African province, are from townships where crime fighting is largely below par due to colonial legacies. Thus, the different sectors of the economy in townships, particularly construction and retail, face an existential crime crisis due to limited police resources. At the same time, the CBDs and areas where the privileged reside enjoy an abundance of police presence. The mismatch between demand and supply of police services is a constituent of the significant crime problem faced in townships. Townships often lack adequate lighting, surveillance coverage, and a sufficient police presence. Additionally, due to the limited police resources, the investigation and prosecution of criminal activities in townships are ineffective, thereby deepening the volatility of the areas. Evidence suggests that police officers, sometimes, are afraid to carry out diligent prosecution of crimes and law enforcement in hostile neighbourhoods because of fear of violent retaliation and armed resistance.²⁵ The belief is that police station heads often prioritise the safety of their officers over aggressive crime-fighting. Thus, sending officers into hostile environments known for high levels of armed resistance is considered an unacceptable risk. This "failure to fight" is a strategic choice to avoid casualties among their own ranks.

3. Extortion crime in South African townships

Post-apartheid South Africa has made efforts to bolster economic activities in townships. Laws and reforms such as the Spatial Planning and Land Use Management Act, 2013 (SPLUMA), and the Black Economic Empowerment (BEE) Act have made incremental changes and sought to dismantle the colonial legacies that have held down the non-white majority, particularly Black people, in South Africa. Hence, there is a gradual penetration of developments, such as shopping malls and businesses, into

²² SMITH, J. L. Continuing processes of uneven development in post-apartheid South Africa. **African Geographical Review**, v. 41, n. 2, p. 168-188, 2022.

²³ SCHOEMAN, T. The spatial influence of apartheid on the South African city. **The Geography Teacher**, v. 15, n. 1, p. 29-32, 2018.

²⁴ FINE, B. (2018). **The political economy of South Africa: From minerals-energy complex to industrialisation**. Routledge.

²⁵ PUBLIC SERVICE ASSOCIATION. The state and safety of police officers in the line of duty. [S.l.]: **Public Service Association**, 2017. Available at: [psa_police_2017.pdf]. Access date: [24/03/2026].

townships.²⁶⁻²⁷ In South Africa, shopping malls play a central role in urban life. Businesses, malls, and the construction industry face serious extortion crime. Extortion is a sort of crime that occurs when people are forced through violence, or the threat of violence, to do something, like give money or property or provide a service, against their will.²⁸ Although extortion is not entirely new, it has taken on a more serious dimension over the last decade. Crime reports by the South African Police Service between April 2019 and March 2024 indicate that 6,056 extortion cases were reported nationwide, resulting in 2,389 arrests; however, only 178 convictions were secured.²⁹ Apparently, extortion crimes are under-prosecuted in South Africa, thus aiding the criminal act. At the inception of extortion economies, the gangs deploy maximum levels of violence and threats of violence to ensure compliance with their demands. After they have successfully consolidated their authority and the economy has taken root, violence levels may decline, even though the threat of violence remains.³⁰⁻³¹

A 2024 report by the Global Initiative Against Transnational Organised Crime in Cape Town identified four distinct extortion economies in the city. The first identified extortion economy is the nighttime economy in the central business district. The activities of this extortion ring have evolved from targeting the city's nighttime economy to extorting businesses, including coffee shops and restaurants. The second one is Cape Town's construction extortion economy. The mafias operating in this economy target infrastructural projects and the construction industry. Their modus operandi is like that of their peers in the KwaZulu-Natal Province, and these criminal activities have spread to other provinces in South Africa. The third, and notably dangerous, extortion economy is the transport extortion economy, which has long existed within the minibus taxi industry in Cape Town. The extortion economy has seen a meteoric rise and devolved into extorting buses, private transport and even private vehicles. The last, and the one most relevant to this paper, is the township enterprise extortion economy. The individuals and gangs involved in this economy focus on

²⁶ MALGAS, M.; ZONDI, W. B. Challenges facing small business retailers in selected South African townships. **The Southern African Journal of Entrepreneurship and Small Business Management**, v. 12, n. 1, 2020.

²⁷ KUBONE, A. Z. M. **Effects of Emergence of Shopping Malls on SMMEs in eThekweni: A case study of Umlazi Township**. 2012. Doctoral dissertation (Doctoral dissertation) – University of KwaZulu-Natal, Durban, 2012.

²⁸ QHOBOSHEANE, J. I. Mafia-style crimes: extortionists have South Africa's economies down the barrel of a gun. **ENACT Africa**, 2024. Available at: <https://enactafrica.org>. Access on: [18/02/2026].

²⁹ DEMOCRATIC ALLIANCE. **The DA's Anti-Extortion Plan for South Africa Federal Policy Unit 2024**. 2024. Disponível em: https://cdn.da.org.za/wp-content/uploads/2024/11/21132910/DA_Anti-Extortion_Plan_6.pdf.

³⁰ QHOBOSHEANE, J. I., 2024, *ibid.*, 1.

³¹ CHARMAN, A.; PIPER, L. Xenophobia, criminality and violent entrepreneurship: violence against Somali shopkeepers in Delft South, Cape Town, South Africa. **South African Review of Sociology**, v. 43, n. 3, p. 81-105, 2012.

businesses and the construction industry. They disrupt construction sites and demand money or a stake in developmental projects, presenting themselves as emerging business forums.³² While their activities mainly affect formal businesses, the informal businesses are also affected.

Business owners and contractors are often extorted through protection fees.³³ Due to the precariousness of security in these townships, residents and businesses have adopted what Kirk and Papachristos refer to as legal cynicism —a cultural adaptation to persistent structural disadvantage and a belief that the law is not a reliable tool for justice or protection.³⁴ This may be an outcome of negative police encounters that make people less inclined to rely on police service or cooperate with police authorities for justice. Instead, they resort to extra-legal means, such as turning to criminal networks for security, thus perpetuating a cycle of the entrenchment of criminal enterprise. The informal businesses in townships, we argue, may not face as much threat from this type of extortion because of their local roots, which they leverage for survival. Conversely, formal businesses seeking to enter townships to tap into business opportunities face intense pressure from these extortionists, who may resort to violence if resisted. Retail malls that want to niche into township markets are particularly confronted with extortion during the construction phase and throughout actual business operations. This thriving criminal enterprise continues to occur in underserved and under-policed neighbourhoods where the disincentives for crimes are not strong, and where law enforcement and deterrence are weak. A retail mall in a township, or a construction project in a township, will face a higher threat than those in middle-class and affluent, enclosed suburbs. These businesses often do not benefit from the agglomeration economy and/or positive externalities, such as a superabundance of police and/or surveillance systems and government attention, that businesses in city centres enjoy. They also lack a strong cooperative security framework, where different businesses in an area collaborate to address common security threats by sharing information, working together on solutions, and enhancing security in the area, rather than relying on a unitary security effort by a single business enterprise.

The criminalities in townships are emblematic of the historically concentrated poverty, lack of or limited economic opportunities, social organisation, and public investment. These may fuel the illicit economy, which is one of the few viable means of achieving status and income.³⁵⁻³⁶ In essence, the historical injustices that marked

³² DEMOCRATIC ALLIANCE, 2024, *ibid.*, 1.

³³ QHOBOSHEANE, J. I., 2024, *ibid.*, 10.

³⁴ KIRK, D. S.; PAPACHRISTOS, A. V. Cultural mechanisms and the persistence of neighbourhood violence. *American Journal of Sociology*, v. 116, n. 4, p. 1190-1233, 2011.

³⁵ WILSON, W. J. **The truly disadvantaged: the inner city, the underclass, and public policy**. Chicago: University of Chicago Press, 2022.

³⁶ TYLER, T. R. **Why People Obey the Law**. New Haven: Yale University Press, 1990.

the apartheid era and post-apartheid vestiges are responsible for the extortion economy in South African townships. The predominantly White-owned businesses that are entering into townships for business and/or economic activities face extortion crime, which we believe is a requital for the years of service neglect in these townships. In the section below, we will critically evaluate the multifaceted government crime-control measures introduced in South African townships, assessing their effectiveness and the complexities and challenges inherent in their implementation.

4. An assessment of the government's crime control measures in South African townships

South Africa has implemented various crime prevention policies since the end of apartheid. In this section, we will discuss three of them: the Reconstruction and Development Programme (RDP), the establishment of Community Policing Forums (CPFs), and anti-gang units (AGUs). These crime control measures will be discussed in terms of their congruence (or lack thereof) with the lived realities and sociohistorical dynamics of township environments.

4.1 The Reconstruction and Development Programme (RDP)

We posit that a lesser-known but critical crime control measure introduced by the South African government was the Reconstruction and Development Programme (RDP). This was a pivotal post-apartheid policy aimed at building a more equitable society and breaching the boundaries of change erected by the privileged classes.³⁷⁻³⁸⁻³⁹ The RDP with the mantra 'a better life for all' was the African National Congress (ANC) government's policy blueprint geared towards reducing poverty and restructuring the economy. With respect to poverty reduction, the programme was particularly focused on the historically disadvantaged non-White majority, inner cities, townships, and villages, beleaguered by socio-economic problems. Massive infrastructure investments were carried out, including the construction and delivery of

³⁷ MOYO, T.; MAMOBOLO, M. The national development plan (NDP): A comparative analysis with the reconstruction and development programme (RDP), the growth, employment and redistribution (GEAR) programme and the accelerated and shared-growth initiative (ASGISA). *Journal of Public Administration*, v. 49, n. 3, p. 946-959, 2014.

³⁸ MARAIS, H. *South Africa: limits to change: the political economy of transition*. London: Palgrave Macmillan, 2001.

³⁹ ADELZADEH, A.; PADAYACHEE, V. The RDP White Paper: reconstruction of a development vision. *Transformation*, v. 25, n. 5, p. 1-18, 1994.

over a million RDP houses for low-income households.⁴⁰⁻⁴¹ Additionally, they were, alongside other households, especially in rural areas that were previously not connected to the electricity grid.⁴²⁻⁴³ The social welfare and integrated agenda of the RDP also encompassed access to clean water and sanitation, nutrition, and healthcare for previously excluded areas.⁴⁴⁻⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷ Although social welfare and security schemes were not primary concerns in the RDP, the programme provided financial assistance to the poor and vulnerable. The RDP also aimed to enhance human capital development and increase citizen participation in policymaking.⁴⁸ This was to be achieved through an appropriate recognition for previously disregarded skills, and an integrated approach to education and training will make it possible to achieve maximum capacity. The programme was also designed to address the distortions in the economy that contributed to the burden of unemployment and deprivation of basic amenities necessary for a decent living.

While the manifest aim of the RDP was not to curtail crime, reducing poverty and engendering an inclusive economic structure are veritable crime-control measures. Studies have shown that societies that proactively address social inequality and social welfare programmes experience a concomitant reduction in crime rates.⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹ The programme,

⁴⁰ AMOAH, C.; VAN SCHALKWYK, T.; KAJIMO-SHAKANTU, K. Quality management of RDP housing construction: myth or reality? *Journal of Engineering, Design and Technology*, v. 20, n. 5, p. 1101-1121, 2022.

⁴¹ NOKULUNGA, M.; DIDI, T.; CLINTON, A. Challenges of Reconstruction and Development Programme (RDP) houses in South Africa. In: **Proceedings of the International Conference on Industrial Engineering and Operations Management**, 2018. Anais... v. 2018, n. SEP, p. 1695-1702, 2018.

⁴² JOOSTE, K. P. **A load management system for fixed appliances in a safe DC RDP house**. 2017. Doctoral dissertation (Ph.D.)—Cape Peninsula University of Technology.

⁴³ MAPAKO, M.; PRASAD, G. The free basic electricity policy and rural grid-connected households, solar home system users and unelectrified households. In: **Proceedings of the International Conference on Domestic Use of Energy**, 2005. Anais... p. 29-31, 2005.

⁴⁴ ZITYE, L. **Towards inclusive communities: the right to water and sanitation for urban settlers in Cape Town, South Africa**. 2021. Dissertation (Master's degree in International Development) – Massey University, New Zealand, 2021.

⁴⁵ VISSER, W. “From RDP to gear to Post-Polokwane”. The ANC and the Provision of Social Security for Post-Apartheid South Africa. *Social Work/Maatskaplike Werk*, v. 45, n. 3, 2009.

⁴⁶ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. White Paper on Reconstruction and Development. **General Notice, Notice** 1954 of 1994, 1994.

⁴⁷ VISSER, W., 2009, *ibid.*, p. 2.

⁴⁸ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1994, *ibid.*, p. 8.

⁴⁹ VIGNA, A.; CARDEILLAC GULLA, J.; CHOUHY, C. Punitive Inertia? Social Spending, Inequality, and Political Cycles in Uruguay: the Role of Policy and its Limits. *International Criminology*, p. 1-21, 2025.

⁵⁰ OLADEJO, A. O.; DASTILE, N. P. Of Materialism and Anomie: A Revisiting of the Yoruba People's Omoluabi Ethos. *African Historical Review*, p. 1-20, 2025.

⁵¹ DANIEL, U. S.; UDOUSORO, T. E.; EFFIONG, U. U. Population drift, crime rate and socio-economic development in Uyo Capital City, Akwa Ibom State, Nigeria. *Aksu Annals of Sustainable Development*, v. 2, n. 1, 2024.

while addressing the historical injustices of settler colonialism in South Africa, tangibly improved the living conditions for millions of South Africans who had been deliberately marginalised and impoverished. Marais argues that the programme's vision was to merge growth with development, utilising state-led investment to stimulate the economy and, in turn, uplift the poor and disadvantaged.⁵²

However, the ambitious RDP programme soon faced an implementation crisis, which a school of thought has attributed to fiscal constraints.⁵³⁻⁵⁴ Their position is that the new government inherited a strained economy and, to ensure macroeconomic stability and attract investment, needed to implement fiscal austerity and reduce the deficit. Conversely, another school of thought posits that the implementation crisis engulfing the programme had little to do with fiscal constraints, but rather with insufficient governmental capacity and ideological conflicts with the Government of National Unity (GNU), which eroded its effectiveness.⁵⁵⁻⁵⁶ They dub the programme's short-livedness and its replacement in 1996 with the Growth, Employment and Redistribution (GEAR) strategy, which introduced privatisation, trade liberalisation, and a reduction in welfare spending, as a departure from the ANC's liberation struggle and as kowtowing to neoliberal orthodoxy.⁵⁷ The adoption of neoliberal policy prescriptions, which promote limited government intervention and deemphasise social welfare, marked the post-apartheid peripheralization of South Africa. It also marked a significant return to the social conditions in the apartheid era for the underprivileged, beleaguered townships and rural areas in South Africa. Mass poverty, worsening living conditions, and paucity of social infrastructure are the lived experiences in these localities. These are conditions capable of engendering criminal behaviours such as extortion.

⁵² MARAIS, H., 2001, *ibid.*, p. 2.

⁵³ MBALEKI, C. Decomposing South Africa's Fiscal Dynamics Through Successive Policy Regimes in the Post-Apartheid Dispensation. **Journal of Public Administration**, v. 59, n. 2, p. 210-222, 2024.

⁵⁴ VIVEK, N. D. Transformation deferred: disparate development in post-apartheid South Africa (1994-2004). **PanAfrican Journal of Governance and Development**, v. 5, n. 1, p. 128-155, 2024.

⁵⁵ ONWUEGBUCHULAM, S. P. C. Square Pegs in Round Holes? An Assessment of State-Led Poverty Alleviation Strategies in South Africa. **African Journal of Development Studies**, v. 14, n. 1, 2024.

⁵⁶ MATEBESE, H.; MKHWANAZI, T.; LOSI, C. Analysing the policy and governance of the government of national unity in South Africa by assessing the ministerial expediency concerning educational credentials and experience: drawing insights from global comparative perspectives. **Global Journal of Political Science and Administration**, v. 12, n. 2, p. 63-91, 2024.

⁵⁷ MANGONGO, A. J. **Usage and Meaning of 'Economic Freedom' Among South African Policymakers**. 2024. Master's thesis (Mestrado)—University of the Witwatersrand, Johannesburg (South Africa).

4.2 Community policing forums (CPFs)

Community policing forums in South Africa represent a fundamental move from a purely militaristic approach to police service to a service-based, community-centric policing model, emphasising partnerships and crime prevention over reactive interventions.⁵⁸⁻⁵⁹ This post-apartheid policing model shift aimed to professionalise the police service and foster better police-public relations with communities, thereby enhancing confidence and trust, building legitimacy, and improving service delivery.⁶⁰ This paradigm shift in policing was formally entrenched in the South African Police Service (SAPS) Act between 1998 and 1999, thus making community policing the operational philosophy of the South African police system.⁶¹ This policing ideology and the ensuing legislative framework specifically required the establishment of community policing forums (CPFs) at police stations to enhance accountability, promote cooperation between the SAPS and local communities, and monitor police effectiveness. While the South African Police Service Act provides for the establishment and general purpose of CPFs, the specific functions and operational nuances are not extensively detailed within the legislation, leading to variations in implementation.⁶²⁻⁶³ Notwithstanding these variations, CPFs have been intentionally designed to facilitate direct engagement between police authorities/representatives and community members, bolstering cooperation and dialogue aimed at identifying and resolving local safety concerns. Additionally, the conceptualisation and entrenchment of the community policing model within the police service framework in South Africa aligns with Section 206 of the Constitution and the White Paper on Safety and Security, thus reinforcing its role vis-à-vis the achievement of the National Development Plan 2030's vision of safer communities through integrated approaches and participatory security initiatives.⁶⁴

Without a doubt, this crime control measure has the potential to address the extortion economy in South African townships. Crime reduction or deterrence may

⁵⁸ BROGDEN, M.; SHEARING, C. **Policing for a New South Africa**. London: Routledge, 1997.

⁵⁹ VAN VUUREN, J. W. J. The evolution and status of community policing forums in South Africa. **Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology**, v. 9, n. 1, p. 100-107, 1996.

⁶⁰ BOATENG, F. D.; LEE, J. Y. Apartheid and post-apartheid analysis of public confidence in the police: A longitudinal analysis across time. **Policing: An International Journal**, v. 41, n. 6, p. 76xz6-781, 2018.

⁶¹ MANGAI, M. S.; PILLAY, A. C.; MASIYA, T.; LUBINGA, S. The police and citizens as co-producers of crime prevention in Johannesburg. **Administrative Sciences**, v. 13, n. 6, p. 138, 2023.

⁶² FAULL, A. How to map violence without police data. **ISS Southern Africa Report**, n. 22, p. 1-24, 2019.

⁶³ BRUCE, D. Policing powers, politics, pragmatism and the provinces: revitalising policing oversight in the Western Cape. **South African Crime Quarterly**, n. 40, p. 3-14, 2012.

⁶⁴ MANGAI, M. S.; PILLAY, A. C.; MASIYA, T.; LUBINGA, S., 2023, *ibid.*, p.13.

be achieved when the local communities are involved in law enforcement and security of their communities through vigilant surveillance and behaviour reporting.⁶⁵ If this were as effective as envisioned, it would have largely stemmed the tide of extortion in South Africa, affecting retail businesses and the construction industry. However, the CPFs in South Africa face recurrent and profound constraints that weaken their effectiveness, particularly stemming from their foundational implementation in socio-economically and racially diverse community landscapes. One notable constraint is the varied and inconsistent performance across communities, with more affluent areas often exhibiting stronger CPF performance due to professional participation and greater resource allocation, a stark contrast to under-resourced communities.⁶⁶ This variance is further worsened by a pervasive trust deficit between the police and community members, leading to a reluctance to share crucial information about criminal activities and hindering active participation in CPF initiatives. The challenges of trust building can be traced to historical grievances and perceived police corruption, which deters citizens from engaging in co-production efforts for crime prevention. Moreover, the considerable gap in police-to-population ratio, which stands at 1:430, further diminishes public confidence in law enforcement, compounding the challenges faced by CPF initiatives.⁶⁷ This deficit of police officers is only a layer of the resource deficit; there are challenges regarding critical logistical support, such as vehicles, which hinder the timely response and comprehensive coverage necessary for effective community policing, particularly in expansive or difficult-to-access informal settlements.⁶⁸

4.3 Anti-gang Units (AGU)

This is another notable measure that the South African government has implemented to address the surge in crime in townships. The anti-gang units are offshoots of South Africa's National Anti-Gangsterism Strategy, introduced in 2017. The explosion of gang-related violence, particularly in Provinces like the Western Cape, necessitated

⁶⁵ LARSSON, S. A first line of defence? Vigilant surveillance, participatory policing, and the reporting of "suspicious" activity. *Surveillance and society*, v. 15, n. 1, p. 94-107, 2017.

⁶⁶ PRUD'HOMME, J. A.; ANASARIAS, E.; MASUKO, T.; LANGA, M.; BOYCE, C. C.; LARSEN, K.; ALLEN, R. **Legal study on policing and human rights standards: internationally and in three countries of the global south** (South Africa, Philippines and Liberia), 2017.

⁶⁷ MACINGWANE, A.; ISAFIADE, O. E. **HP-Growth: A Novel Approach of Frequent Pattern-Based Model for Community Policing in South Africa**. (PDF) HP-Growth: A Novel Approach of Frequent Pattern-Based Model for Community Policing in South Africa, 2024.

⁶⁸ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. **Report of the Auditor-General of South Africa on the audit of the financial statements of the South African Police Service for the 2021-22 and 2022-23 financial years**. Pretoria: AGSA, 2023.

specialised law enforcement interventions.⁶⁹⁻⁷⁰ This urgency led to the formation of Anti-Gang Units within the South African Police Service, and it was conceived and framed to directly confront the intricate dynamics of organised crime and gang activities that have plagued these communities.⁷¹ These units aim to mitigate the pervasive impact of gang warfare, which has at times resulted in the temporary closure of educational institutions and the classification of certain areas as "red zones" due to extreme risk.⁷² The establishment of these units reflects a strategic shift towards more targeted policing, moving beyond generalised crime prevention to address the specific methodologies and organisational structures of criminal gangs.⁷³ This specialised approach is critical given that South Africa experiences one of the highest rates of criminal violence globally, with such cities as Cape Town exhibiting murder rates significantly exceeding the national average, primarily attributed to gang activities. The complex nature of these criminal enterprises, often involving evolving tactics, further compounds the challenges faced by law enforcement, necessitating continuous adaptation in their operational strategies. Such adaptation, at times, has involved deploying the South African National Defence Force (NDF) to supplement police efforts in gang-ridden areas, particularly in targeted "hotspot" interventions aimed at disrupting gang operations and restoring public order.⁷⁴ This law enforcement initiative temporarily increased police presence and curtailed crime in the affected areas. However, resource constraints and corruption challenges have limited its effectiveness.

5. Combating extortion crime: key contours

Crime fighting is a challenging task that often requires a multifaceted approach. This is because there are usually underlying, latent factors behind specific criminal actions rather than the manifest factors attributed to criminal behaviours. Extortion is

⁶⁹ VILTOFT, C. D. Deconstructing gangsterism in South Africa: Uncovering the need for gender-sensitive policies. *Cosmopolitan Civil Societies: An Interdisciplinary Journal*, v. 14, n. 3, p. 1-14, 2022.

⁷⁰ MARINGIRA, G.; GIBSON, D. Maintaining order in townships: Gangsterism and community resilience in post-apartheid South Africa. *African Conflict and Peacebuilding Review*, v. 9, n. 2, p. 55-74, 2019.

⁷¹ PETRUS, T.; UWAH, C.; DAVIDS, D.; JONAS, B. Softening the 'Iron Hand': re-thinking punitive approaches to addressing gang subcultures in South Africa. *Artha Journal of Social Sciences*, v. 21, n. 2, 2022.

⁷² CANO, I.; KRIEGLER, A.; SCOTT, D.; NTSHEKISA, Z. S. "Soldiers against gangsters?": Evaluation of the impact of the army deployment against gang violence on homicides in the Cape Flats. *SA Crime Quarterly*, n. 72, p. 1-17, 2023.

⁷³ MABASA, H. M.; OLUTOLA, A. A. The structure of South African police: Towards a single police service. *Cogent Social Sciences*, v. 7, n. 1, p. 1959974, 2021.

⁷⁴ THERON, K.; BREETZKE, G. D.; SNYMAN, L.; EDELSTEIN, I. A street segment analysis of crime in a township: evidence from South Africa. *Police Practice and Research*, v. 24, n. 5, p. 539-557, 2023.

peculiarly a township crime problem. This is because South Africa's city centres are not exposed to the vagaries of this criminal behaviour. Therefore, contextualising this crime within its socio-historical milieu is a critical departure point for addressing it. A dearth of social infrastructure, including police service, in townships is a historical context for this criminal venture. Therefore, a critical first step is to revisit and recommit to the revolutionary ideology of the founders of the ANC, which showed promise in redressing historical injustices rather than tokenism and political rhetoric, which have now defined the government's current commitment to the plights of the poor and historically disadvantaged South Africans living in townships. The radical welfare state that was overthrown by liberal policy prescriptions from the core countries needs to be revived. There is no proof that the liberal economic system has been successful in Africa. However, imperial centres continue to push for it at the expense of the community-first, diffuse economic system that is authentically African. Inclusivity and a committed effort to uplift South Africans from the poverty margins are crucial to reducing criminal activities, including extortion, in South Africa.

To combat extortion in South African townships, funding and human resources gaps should be closed. High-crime areas require a high level of police service. Hence, police authorities need to deploy more officers to these areas and provide them with adequate resources to support their efforts. Currently, the police-to-population ratio of 1:430 shows a marked shortage of police in South Africa, and studies have shown a correlation between inadequate police-to-population ratios and crime.⁷⁵ Population growth has not been matched with police recruitment. The police-to-population ratio was 1:248 in 1994.⁷⁶ Worse still, the police service overconcentrates in areas with lower crime rates in South Africa, while crime-endemic areas lack adequate policing. Recruiting and resourcing police officers requires a significant budget allocation, which the limited government funds may hinder. However, efforts can be made incrementally to address this. Alternatively, a police trust fund can be created to bridge the funding gaps. Nowadays, creating special funds is fast becoming a common practice among countries, especially developing ones. For instance, in Nigeria, the Nigeria Police Trust Fund, established in 2019, ensures that funding is sourced from both the public and private sectors to support the overall reform and strengthening of the police service. South Africa currently has the South African Police Service Education Trust Fund (SAPSET) for the provisioning of financial or any other form of assistance to a child or children of a member of the South African Police Service employed under the Police Act as well as the Public Service Act that died in the execution of official duties or on duty, by financing the costs of such child's or children's educational

⁷⁵ MACINGWANE, A.; ISAFIADE, O. E., 2025, *ibid.*, p. 18.

⁷⁶ MARS, L. A. F. **Police service delivery challenges faced by South African police station commanders in the Western Cape**, 2021.

needs. This may be repurposed, and its scope widened to the general police service funding. Related to that, to reduce extortion in South African townships, the scale of police deployment between townships and previously White-dominated areas needs to be balanced. An increased police presence in townships is an important measure to curb emerging cases of extortion.

Moreover, police-public relations is a critical crime-fighting method. As is the case with many hitherto colonised societies, South Africans have little or no trust in the police service; hence, in certain circumstances, they hold back from cooperating with the SAPS. Studies have shown that the collapse of formal apartheid has not erased its powerful racist imprint on the psychic lives and subjectivities of South Africans.⁷⁷⁻⁷⁸ Memory of apartheid police brutality and its vestiges in contemporary South Africa plague the public's confidence in the South African Police Service. Reforming and restructuring the SAPS should be an ongoing effort, so that the Service's image and perception can improve to the point where co-operation in fighting crime between the police service and the public becomes fully entrenched in South Africa.

Conclusion

The ubiquity of crime has generated a plethora of criminological studies and theories that seek to explicate the underlying factors that engender crime, including socioeconomic disparities and biological theories of crime. This paper provides historical and critical contexts to explain the nature of extortion as a rampant crime in South Africa, particularly in South African townships. As we have argued, extortion thrives in these areas due to historical neglect and a lack of social infrastructure in townships that facilitate criminal activities. Inequality, historical and ongoing injustices, have been presented as co-constitutive of the reasons behind extortion crime in South African townships. Retail businesses (such as malls) and the construction industry face existential threats from extortion in townships because all the necessary social conditions, such as inadequate policing, poverty and inequality, illiteracy, etc., that facilitate criminal behaviour are present. It is, however, noteworthy that curtailing extortion is not intractable. A return to and a determined commitment to the 1994 national development strategy, which prioritised the erstwhile impoverished and excluded South Africans, is a critical step towards reducing extortion crime in South

⁷⁷ BOWMAN, B.; DUNCAN, N.; SONN, C. Towards a psychology of South Africa's histories—living with and through the apartheid archive. *South African Journal of Psychology*, v. 40, n. 4, p. 365-369, 2010.

⁷⁸ RAUCH, J. The South African Police and the Truth Commission. *South African Review of Sociology*, v. 36, n. 2, p. 208-237, 2005.

African townships. Addressing historical grievances may yield several benefits, including the erosion of community acceptance of and individual justification for criminal behaviour, the creation of opportunities that deter individuals from engaging in criminal enterprises, and the enhancement of confidence in the government.

References

- ADELZADEH, A.; PADAYACHEE, V. The RDP White Paper: reconstruction of a development vision. **Transformation**, v. 25, n. 5, p. 1-18, 1994.
- AGNEW, R. The contribution of social-psychological strain theory to the explanation of crime and delinquency. In: **The Legacy of Anomie Theory**. London: Routledge, 2020. p. 113-137.
- AMOA, C.; VAN SCHALKWYK, T.; KAJIMO-SHAKANTU, K. Quality management of RDP housing construction: myth or reality? **Journal of Engineering, Design and Technology**, v. 20, n. 5, p. 1101-1121, 2022.
- BOATENG, F. D.; LEE, J. Y. Apartheid and post-apartheid analysis of public confidence in the police: A longitudinal analysis across time. **Policing: An International Journal**, v. 41, n. 6, p. 762-781, 2018.
- BODDY-EVANS, A. **Pass laws under apartheid. Apartheid Era Pass Laws of South Africa**, 2020.
- BOWMAN, B.; DUNCAN, N.; SONN, C. Towards a psychology of South Africa's histories—living with and through the apartheid archive. **South African Journal of Psychology**, v. 40, n. 4, p. 365-369, 2010.
- BROGDEN, M.; SHEARING, C. **Policing for a New South Africa**. London: Routledge, 1997.
- BRUCE, D. Policing powers, politics, pragmatism and the provinces: revitalising policing oversight in the Western Cape. **South African Crime Quarterly**, n. 40, p. 3-14, 2012.
- CANO, I.; KRIEGLER, A.; SCOTT, D.; NTSHEKISA, Z. S. "Soldiers against gangsters?": Evaluation of the impact of the army deployment against gang violence on homicides in the Cape Flats. **SA Crime Quarterly**, n. 72, p. 1-17, 2023.
- CHARMAN, A.; PIPER, L. Xenophobia, criminality and violent entrepreneurship: violence against Somali shopkeepers in Delft South, Cape Town, South Africa. **South African Review of Sociology**, v. 43, n. 3, p. 81-105, 2012.
- D'ALESSIO, S. J.; STOLZENBERG, L.; FLEXON, J. L. Economic inequality and the monetary reward in a robbery. **Journal of Economic Criminology**, v. 7, p. 100139, 2025.
- DANIEL, U. S.; UDOUSORO, T. E.; EFFIONG, U. U. Population drift, crime rate and socio-economic development in Uyo Capital City, Akwa Ibom State, Nigeria. **Aksu Annals of Sustainable Development**, v. 2, n. 1, 2024.
- DASTILE, N. P.; OLADEJO, A. O.; NNAM, M. U. Doing justice differently: A Pan-Africanist Perspective. In: **Routledge Handbook on Sensory Criminology**. In press, 2025.

- DEMOCRATIC ALLIANCE. **The DA's Anti-Extortion Plan for South Africa Federal Policy Unit 2024**. 2024. Disponível em: <https://cdn.da.org.za/wp-content/uploads/2024/11/21132910/DA_Anti-Extortion_Plan_6.pdf>.
- DEMOMBYNES, G.; ÖZLER, B. Crime and local inequality in South Africa. **Journal of Development Economics**, v. 76, n. 2, p. 265-292, 2005.
- FAULL, A. How to map violence without police data. **ISS Southern Africa Report**, n. 22, p. 1-24, 2019.
- FINE, B. (2018). **The political economy of South Africa: From minerals-energy complex to industrialisation**. Routledge.
- FRANCHI, M.; ZAMFIRESCU-PEREIRA, J. D.; JU, W.; PIERSON, E. Detecting disparities in police deployments using dashcam data. In: **Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency**, 2023. p. 534-544.
- HINTON, E. From the war on poverty to the war on crime: the making of mass incarceration in America. In: **From the War on Poverty to the War on Crime**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- JOOSTE, K. P. **A load management system for fixed appliances in a safe DC RDP house**. 2017. Doctoral dissertation (Ph.D.)—Cape Peninsula University of Technology.
- KIRK, D. S.; PAPACHRISTOS, A. V. Cultural mechanisms and the persistence of neighborhood violence. **American Journal of Sociology**, v. 116, n. 4, p. 1190-1233, 2011.
- KUBONE, A. Z. M. **Effects of Emergence of Shopping Malls on SMMEs in eThekweni: A case study of Umlazi Township**. 2012. Doctoral dissertation (Doctoral dissertation) – University of KwaZulu-Natal, Durban, 2012.
- LARSSON, S. A first line of defence? Vigilant surveillance, participatory policing, and the reporting of “suspicious” activity. **Surveillance and society**, v. 15, n. 1, p. 94-107, 2017.
- MABASA, H. M.; OLUTOLA, A. A. The structure of South African police: Towards a single police service. **Cogent Social Sciences**, v. 7, n. 1, p. 1959974, 2021.
- MACINGWANE, A.; ISAFIADE, O. E. HP-Growth: A Novel Approach of Frequent Pattern-Based Model for Community Policing in South Africa. **HP-Growth: A Novel Approach of Frequent Pattern-Based Model for Community Policing in South Africa**, 2024.
- MALGAS, M.; ZONDI, W. B. Challenges facing small business retailers in selected South African townships. **The Southern African Journal of Entrepreneurship and Small Business Management**, v. 12, n. 1, 2020.
- MANALIYO, J. C. Townships as crime ‘hot-spot’ areas in Cape Town: Perceived root causes of crime in site B, Khayelitsha—**Mediterranean Journal of Social Sciences**, v. 5, n. 8, p. 596-603, 2014.
- MANGAI, M. S.; PILLAY, A. C.; MASIYA, T.; LUBINGA, S. The police and citizens as co-producers of crime prevention in Johannesburg. **Administrative Sciences**, v. 13, n. 6, p. 138, 2023.
- MANGONGO, A. J. **Usage and Meaning of ‘Economic Freedom’ Among South African Policymakers**. 2024. Master's thesis (Mestrado)—University of the Witwatersrand, Johannesburg (South Africa).
- MAPAKO, M.; PRASAD, G. The free basic electricity policy and rural grid-connected households, solar home system users and unelectrified households. In: **Proceedings of the International Conference on Domestic use of energy**, 2005. Anais... p. 29-31, 2005.

- MARAIS, H. **South Africa: limits to change: the political economy of transition**. London: Palgrave Macmillan, 2001.
- MARINGIRA, G.; GIBSON, D. Maintaining order in townships: Gangsterism and community resilience in post-apartheid South Africa. **African Conflict and Peacebuilding Review**, v. 9, n. 2, p. 55-74, 2019.
- MARS, L. A. F. **Police service delivery challenges faced by South African police station commanders in the Western Cape**, 2021.
- MATEBESE, H.; MKHWANAZI, T.; LOSI, C. Analysing the policy and governance of the government of national unity in South Africa by assessing the ministerial expediency concerning educational credentials and experience: drawing insights from global comparative perspectives. **Global Journal of Political Science and Administration**, v. 12, n. 2, p. 63-91, 2024.
- MATSUEDA, R. L.; GRIGORYEVA, M. S. Social inequality, crime, and deviance. In: _____. **Handbook of the social psychology of inequality**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2014. p. 683-714.
- MBALEKI, C. Decomposing South Africa's Fiscal Dynamics Through Successive Policy Regimes in the Post-Apartheid Dispensation. **Journal of Public Administration**, v. 59, n. 2, p. 210-222, 2024.
- MOYO, T.; MAMOBOLO, M. The national development plan (NDP): A comparative analysis with the reconstruction and development programme (RDP), the growth, employment and redistribution (GEAR) programme and the accelerated and shared-growth initiative (ASGISA). **Journal of Public Administration**, v. 49, n. 3, p. 946-959, 2014.
- NEVES, D.; SAMSON, M.; VAN NIEKERK, I.; HLATSHWAYO, S.; DU TOIT, A. **The use and effectiveness of social grants in South Africa**. Finmark Trust, p. 60, 2009.
- NLEYA, N.; THOMPSON, L. Survey Methodology in Violence-prone Khayelitsha, Cape Town, South Africa. **IDS bulletin**, v. 40, n. 3, p. 50-57, 2009.
- NOKULUNGA, M.; DIDI, T.; CLINTON, A. Challenges of Reconstruction and Development Programme (RDP) houses in South Africa. In: **Proceedings of the International Conference on Industrial Engineering and Operations Management**, 2018. Anais... v. 2018, n. SEP, p. 1695-1702, 2018.
- OLADEJO, A. O.; DASTILE, N. P. Of Materialism and Anomie: A Revisiting of the Yoruba People's Omoluabi Ethos. **African Historical Review**, p. 1-20, 2025.
- ONWUEGBUCHULAM, S. P. C. Square Pegs in Round Holes? An Assessment of State-Led Poverty Alleviation Strategies in South Africa. **African Journal of Development Studies**, v. 14, n. 1, 2024.
- OUSEY, G. C.; LEE, M. R. Community, inequality, and crime. In: CULLEN, F. T.; WILCOX, P. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminological Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 352
- ÖZER, M.; KUCUKKAYA, G.; KOSE, Y.; MUKASHEVA, A.; CIRIS, K.; PENUMATCHA, B. V. Mapping Trafficking Networks: A Data-Driven Approach to Disrupt Human Trafficking Post Russia-Ukraine Conflict. In: **International Conference on Computational Science and Computational Intelligence**, Cham: Springer Nature Switzerland, 2024. p. 201-212.

- PETRUS, T.; UWAH, C.; DAVIDS, D.; JONAS, B. Softening the 'Iron Hand': re-thinking punitive approaches to addressing gang subcultures in South Africa. **Artha Journal of Social Sciences**, v. 21, n. 2, 2022.
- PRUD'HOMME, J. A.; ANASARIAS, E.; MASUKO, T.; LANGA, M.; BOYCE, C. C.; LARSEN, K.; ALLEN, R. **Legal study on policing and human rights standards: internationally and in three countries of the global south** (South Africa, Philippines and Liberia), 2017.
- PUBLIC SERVICE ASSOCIATION. The state and safety of police officers in the line of duty. [S.l.]: **Public Service Association**, 2017. Available at: [psa_police_2017.pdf]. Access date: [24/03/2026].
- QHOBOSHEANE, J. I. Mafia-style crimes: extortionists have South Africa's economies down the barrel of a gun. **ENACT Africa**, 2024. Available at: <https://enactafrica.org>. Access on: [18/02/2026].
- RAUCH, J. The South African Police and the Truth Commission. **South African Review of Sociology**, v. 36, n. 2, p. 208-237, 2005.
- REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. **Report of the Auditor-General of South Africa on the audit of the financial statements of the South African Police Service for the 2021-22 and 2022-23 financial years**. Pretoria: AGSA, 2023.
- REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. White Paper on Reconstruction and Development. **General Notice, Notice 1954 of 1994**, 1994.
- ROGERSON, C. M.; ROGERSON, J. M. Racial discrimination in tourism: The record of apartheid Cape Town. **Modern Geografía**, v. 20, n. 3, p. 47-67, 2025.
- SAMPSON, R. J. Urban sustainability in an age of enduring inequalities: Advancing theory and econometrics for the 21st-century city. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 114, n. 34, p. 8957-8962, 2017.
- SCHOEMAN, T. The spatial influence of apartheid on the South African city. **The Geography Teacher**, v. 15, n. 1, p. 29-32, 2018.
- Sekonyela, B. K., Gregory, J. J., & Rogerson, J. M. (2024). Suburban Transformation in Post-Apartheid South Africa: Socio-Economic Mobility and Neighbourhood Change in 'In-Between' Spaces. **Modern Geografía**, 19(4).
- SEWELL, A. A.; JEFFERSON, K. A. Collateral damage: the health effects of invasive police encounters in New York City. **Journal of Urban Health**, v. 93, n. Suppl 1, p. 42-67, 2016.
- SHAW, M. Gender and crime prevention. **International Observer**, v. 8, p. 1-20, 2002.
- SINGH, A. M. Private security and crime control. **Theoretical Criminology**, v. 9, n. 2, p. 153-174, 2005.
- SMITH, J. L. Continuing processes of uneven development in post-apartheid South Africa. **African Geographical Review**, v. 41, n. 2, p. 168-188, 2022.
- THERON, K.; BREETZKE, G. D.; SNYMAN, L.; EDELSTEIN, I. A street segment analysis of crime in a township: evidence from South Africa. **Police Practice and Research**, v. 24, n. 5, p. 539-557, 2023.
- TYLER, T. R. **Why People Obey the Law**. New Haven: Yale University Press, 1990.
- VAN VUUREN, J. W. J. The evolution and status of community policing forums in South Africa. **Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology**, v. 9, n. 1, p. 100-107, 1996.

- VIGNA, A.; CARDEILLAC GULLA, J.; CHOUHY, C. Punitive Inertia? Social Spending, Inequality, and Political Cycles in Uruguay: the Role of Policy and its Limits. **International Criminology**, p. 1-21, 2025.
- VILTOFT, C. D. Deconstructing gangsterism in South Africa: Uncovering the need for gender-sensitive policies. **Cosmopolitan Civil Societies: An Interdisciplinary Journal**, v. 14, n. 3, p. 1-14, 2022.
- VISSER, W. "From RDP to gear to Post-Polokwane". The ANC and the Provision of Social Security for Post-Apartheid South Africa. **Social Work/Maatskaplike Werk**, v. 45, n. 3, 2009.
- VIVEK, N. D. Transformation deferred: disparate development in post-apartheid South Africa (1994-2004). **PanAfrican Journal of Governance and Development**, v. 5, n. 1, p. 128-155, 2024.
- WILSON, W. J. **The truly disadvantaged: the inner city, the underclass, and public policy**. Chicago: University of Chicago Press, 2022.
- ZITYE, L. **Towards inclusive communities: the right to water and sanitation for urban settlers in Cape Town, South Africa**. 2021. Dissertation (Master's degree in International Development) – Massey University, New Zealand, 2021.

O *standard* probatório nos crimes contra a dignidade sexual: A jurisprudência do STJ entre a proteção da vítima e a presunção de inocência

*The Standard of Proof in crimes against sexual dignity:
STJ Case Law at the Intersection of victim protection and
the presumption of innocence*

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha 

Doutora e Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Advogada militante. Professora Adjunto I da Universidade Estadual do Maranhão, campus São Luís/MA. Professora permanente do Programa de Mestrado em Estudos Criminológicos (PPGEC/UEMA).

Élida Kymberlle Carvalho Castro 

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Resumo: O presente artigo analisa criticamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que atribui especial valor probatório à palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, investigando se esse posicionamento implica redução indevida do *standard* probatório e consequente violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. A partir do referencial teórico da epistemologia jurídica aplicada à prova penal — com destaque para as contribuições de Ferrer Beltrán, Laudan e Taruffo sobre *standards* de prova, aprofundadas pela análise da teoria da prova no processo penal democrático —, e do exame de decisões paradigmáticas do STJ, o estudo confronta a necessidade de proteção das vítimas de violência sexual com as garantias processuais do acusado. Metodologicamente, a pesquisa adota abordagem qualitativa e analítica, utilizando revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. São analisados, como estudos de caso sob a ótica da criminologia midiática e da valoração racional da prova, os episódios

envolvendo Neymar Júnior (arquivamento pelo MPSP) e Daniel Alves (condenação e posterior anulação pelo Tribunal Superior de Justiça da Catalunha). Tais casos ilustram os riscos concretos da supervalorização do depoimento da vítima e do julgamento paralelo promovido pela mídia. Conclui-se que o STJ precisa adotar critérios objetivos e racionais para a valoração probatória nos crimes sexuais, compatibilizando a proteção das vítimas com o respeito ao devido processo legal, ao livre convencimento motivado e à presunção de inocência, evitando condenações baseadas exclusivamente em uma única fonte de prova.

Palavras-chave: standard probatório; crimes sexuais; presunção de inocência; palavra da vítima; jurisprudência do STJ.

Abstract: *This article critically examines the case law of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) that assigns special probative value to the victim's testimony in crimes against sexual dignity, investigating whether this approach entails an undue lowering of the standard of proof and a consequent violation of the constitutional presumption of innocence. Drawing on the theoretical framework of legal epistemology applied to criminal evidence—particularly the contributions of Jordi Ferrer Beltrán, Larry Laudan, and Michele Taruffo on standards of proof, further developed through the analysis of evidence theory in democratic criminal procedure—and on the examination of leading STJ decisions, the study confronts the need to protect victims of sexual violence with the procedural guarantees of the accused. Methodologically, the research adopts a qualitative and analytical approach, combining a literature review with case law analysis. As case studies, examined through the lens of media criminology and the rational assessment of evidence, the episodes involving Neymar Júnior (case dismissed by the São Paulo Public Prosecutor's Office) and Daniel Alves (conviction and subsequent annulment by the High Court of Justice of Catalonia) are analyzed. These cases illustrate the concrete risks of overvaluing the victim's testimony and of parallel trials driven by the media. The article concludes that the STJ should adopt objective and rational criteria for evidentiary assessment in sexual offenses, reconciling victim protection with due process, reasoned judicial decision-making, and the presumption of innocence, thereby avoiding convictions based exclusively on a single source of evidence.*

Keywords: *standard of proof; sexual crimes; presumption of innocence; victim's testimony; STJ case law.*

1. Introdução

A tutela penal da dignidade sexual constitui um dos desafios mais complexos do sistema de justiça criminal contemporâneo. Por um lado, os crimes contra a liberdade sexual ocorrem, em regra, na clandestinidade, sem testemunhas oculares e, frequentemente, sem vestígios materiais, o que torna a produção probatória particularmente difícil. Por outro lado, o processo penal democrático, fundado na Constituição Federal de 1988, exige que toda condenação se sustente em provas robustas, respeitando o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e o livre convencimento motivado do magistrado (art. 93, IX, da CF; art. 155 do CPP).

Diante dessa tensão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima deve receber especial valor probatório, justificando-se nas dificuldades inerentes à obtenção de provas nessa espécie delitiva. Esse posicionamento jurisprudencial, embora bem-intencionado, suscita questões fundamentais sobre os limites da valoração probatória no processo penal: em que medida a atribuição de valor diferenciado ao depoimento da vítima implica redução do *standard* probatório exigido para a condenação? E, caso isso ocorra, estar-se-ia diante de violação ao princípio da presunção de inocência?

A problemática ganha relevância adicional quando se consideram casos de grande repercussão midiática, nos quais a exposição do acusado pela mídia promove um juízo paralelo que pode comprometer a imparcialidade do julgamento e causar danos irreversíveis antes mesmo do trânsito em julgado. A criminologia midiática, tal como concebida por Zaffaroni, demonstra que a construção de narrativas simplificadoras pela imprensa pode influenciar a percepção social sobre o crime e, indiretamente, pressionar os órgãos de persecução penal a adotarem posturas mais punitivas, em detrimento das garantias processuais. Nesse contexto, o debate sobre o *standard* probatório nos crimes sexuais transcende a dogmática processual e alcança questões de política criminal e de direitos fundamentais.

O presente artigo, assim, tem por objetivo analisar criticamente a jurisprudência do STJ que atribui especial valor probatório à palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, investigando se tal posicionamento viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Para tanto, adota-se como referencial teórico a epistemologia jurídica aplicada à prova penal, com destaque para as contribuições de Ferrer Beltrán¹, Laudan² e Taruffo³ sobre standards de prova, além da doutrina

¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

² LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2014.

processual penal brasileira de Lopes Jr.⁴, Vasconcellos⁵ e Bitencourt⁶.

Metodologicamente, a pesquisa é de natureza qualitativa, com abordagem exploratória e analítica. Utiliza-se o método de análise jurisprudencial, com exame de decisões paradigmáticas do STJ sobre a valoração da palavra da vítima em crimes sexuais, complementado por estudos de caso (Neymar Júnior e Daniel Alves), selecionados por seu potencial ilustrativo dos riscos identificados na hipótese. A pesquisa bibliográfica abrange fontes nacionais e internacionais, legislação, doutrina e jurisprudência.

O artigo está estruturado em quatro seções, além desta introdução. Na segunda seção, apresenta-se o enquadramento normativo do crime de estupro após a Lei 12.015/2009 e os elementos essenciais do tipo penal. Na terceira seção, discute-se a jurisprudência do STJ sobre o valor probatório da palavra da vítima à luz da teoria dos standards probatórios, aprofundando o referencial teórico. Na quarta seção, analisam-se os casos Neymar e Daniel Alves sob uma perspectiva analítica e metodológica. Por fim, apresentam-se as conclusões e propostas.

2 O crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro: enquadramento normativo após a Lei 12.015/2009

A Lei nº 12.015/2009 representou um marco na tutela penal da sexualidade no Brasil ao alterar a denominação do Título VI da Parte Especial do Código Penal de “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual”. A mudança não foi meramente terminológica: significou a superação de uma concepção patriarcal que protegia a moralidade pública sexual, substituindo-a pela tutela da dignidade e da liberdade sexual como expressões da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Para Bitencourt, a denominação anterior “não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar”, o que demandava adequação ao marco constitucional⁷.

No âmbito específico do crime de estupro, a referida lei unificou os antigos tipos de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), passando a tipificar como estupro tanto o constrangimento à conjunção carnal quanto a prática de outros

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, p. e1961, 2020.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 18. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 18. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book, p. 01.

atos libidinosos, mediante violência ou grave ameaça. Essa unificação ampliou o alcance da proteção penal, permitindo que qualquer pessoa, independentemente do sexo, figure como sujeito ativo ou passivo do delito, superando a antiga restrição à relação homossexual⁸. A doutrina majoritária reconhece que essa alteração legislativa representou um avanço significativo na proteção da liberdade sexual, alinhando o direito penal brasileiro às modernas concepções de gênero e sexualidade.

O núcleo do tipo penal é o verbo “constranger”, que designa a conduta de forçar alguém a agir contra a sua vontade sexual. O elemento subjetivo é o dolo, consistente na consciência e vontade de praticar o constrangimento mediante violência ou grave ameaça. Não se exige finalidade específica de satisfação do desejo sexual, podendo o crime ser motivado por humilhação ou vingança, conforme destaca a doutrina majoritária⁹. Nucci observa que a violência pode ser tanto física quanto moral, abrangendo situações em que a vítima é colocada em estado de impossibilidade de resistência, como nos casos de embriaguez ou uso de substâncias entorpecentes¹⁰.

A Lei nº 13.718/2018 trouxe inovações adicionais relevantes para a compreensão do regime jurídico dos crimes sexuais no Brasil. A referida norma transformou a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual em ação penal pública incondicionada, eliminando a necessidade de representação da vítima para a persecução penal. Essa alteração reflete a compreensão de que os crimes sexuais transcendem a esfera individual, constituindo ofensa à dignidade humana que demanda resposta estatal independentemente da vontade da vítima. Conforme observa Nucci, a mudança visa evitar que pressões sociais, familiares ou econômicas impeçam a responsabilização do agressor¹¹.

Merece registro, ainda, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 1.107, julgada em 23 de maio de 2024, que declarou inconstitucional a prática de desqualificar a mulher vítima de crimes sexuais mediante referências ao seu modo de vida e histórico de experiências sexuais, reforçando a proteção da dignidade da vítima no processo penal¹². Essa decisão evidencia o compromisso do ordenamento jurídico

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 3. 23. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book; ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial**. v. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. E-book; MASSON, Cléber. **Direito penal: parte especial**. v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.107. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 maio 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/InfoADPF1107desqualificac807a771odavi769tima_AOLC.pdf. Acesso em: 15 abr. 2025.

com a superação de estereótipos de gênero na apuração de crimes sexuais, sem que isso implique, contudo, a flexibilização das garantias processuais do acusado.

Importa destacar que o enquadramento normativo dos crimes contra a dignidade sexual no Brasil situa-se em um contexto mais amplo de reformas legislativas que buscam equilibrar a proteção da vítima com as garantias do acusado. A evolução legislativa demonstra uma tendência de ampliação da tutela penal da sexualidade, mas essa ampliação deve ser acompanhada de mecanismos processuais que assegurem a racionalidade na valoração da prova, evitando que a legítima preocupação com a impunidade resulte em condenações desprovidas de base probatória sólida.

3 A jurisprudência do STJ e a redução do *standard* probatório nos crimes sexuais

A discussão sobre standards probatórios tem ganhado centralidade na teoria da prova contemporânea, especialmente a partir das contribuições da epistemologia jurídica. Segundo Ferrer Beltrán, o standard de prova constitui o critério que estabelece o grau de confirmação probatória necessário para que se considere provada uma hipótese fática¹³. No processo penal, esse critério assume particular importância, pois a condenação criminal exige o mais elevado patamar de certeza: a prova para além de toda dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). A epistemologia jurídica moderna rejeita a ideia de que a convicção íntima do juiz seja suficiente para legitimar uma condenação, exigindo, ao revés, que a decisão se baseie em elementos probatórios objetivamente verificáveis e racionalmente articulados.

Para Laudan, a função do standard probatório no processo penal é a distribuição do risco de erro entre as partes: ao estabelecer um patamar elevado para a condenação, o sistema expressa a preferência por absolver culpados a condenar inocentes¹⁴. Essa assimetria na distribuição do risco de erro não é arbitrária, mas decorre do reconhecimento de que os custos sociais e individuais de uma condenação injusta são substancialmente superiores aos de uma absolvição equivocada. A privação da liberdade de um inocente constitui uma das mais graves violações de direitos fundamentais que o Estado pode perpetrar, razão pela qual o sistema processual penal deve estar estruturado para minimizar esse risco.

Taruffo, por sua vez, destaca que a racionalidade na valoração da prova exige critérios objetivos e controláveis, afastando-se de julgamentos meramente intuitivos

¹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

¹⁴ LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ou baseados na íntima convicção do julgador¹⁵. O autor italiano sustenta que a valoração probatória deve ser concebida como um procedimento racional, no qual cada elemento de prova é analisado individualmente e em conjunto com os demais, permitindo a construção de uma narrativa fática coerente e verificável. Essa concepção epistêmica da prova implica que o juiz não pode atribuir valor probatório a um elemento de prova com base em critérios subjetivos ou em presunções não fundamentadas, sob pena de comprometer a legitimidade da decisão judicial.

O aprofundamento desse referencial teórico demonstra que a flexibilização dos *standards* probatórios, ainda que motivada por fins nobres como a proteção de vítimas vulneráveis, compromete a estrutura epistêmica do processo penal, transformando-o em um instrumento de risco inaceitável para os acusados. A teoria da prova contemporânea exige que o processo penal funcione como um mecanismo de busca da verdade, orientado por critérios racionais e controláveis, e não como um instrumento de política criminal voltado à maximização de condenações.

No Brasil, Vasconcellos sustenta que a adoção de um *standard* probatório com critérios lógicos e objetivos é passo fundamental para a consagração de uma teoria racional da prova, superando visões abusivas de discricionariedade judicial¹⁶. Trata-se, segundo o autor, de mecanismo essencial para a legitimação e limitação do poder punitivo estatal. A proposta de Vasconcellos dialoga diretamente com a tradição garantista, que concebe o processo penal como instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal, e não como mero veículo de eficiência punitiva.

3.1 O entendimento consolidado do STJ

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima deve receber especial valor probatório. Essa orientação jurisprudencial se justifica, segundo a Corte, pela natureza clandestina desses delitos, geralmente cometidos sem testemunhas e sem deixar vestígios. A quinta turma do STJ, em julgado recente, reafirmou que “em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, pois geralmente, são cometidos de forma clandestina”¹⁷.

¹⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2014.

¹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, p. e1961, 2020.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2413836/PR. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 17 out. 2023a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AREsp+2413836>. Acesso em: 15 abr. 2025.

A sexta turma do STJ, em decisão igualmente representativa, ratificou esse posicionamento ao consignar que a jurisprudência consolidada da Corte reconhece a especial relevância do depoimento da vítima nos crimes sexuais, especialmente quando corroborado por outros elementos dos autos¹⁸. A ressalva quanto à corroboração, embora presente em alguns julgados, não constitui requisito uniforme na jurisprudência do tribunal, o que gera insegurança jurídica e amplia a margem de discricionariedade judicial.

Embora esse posicionamento busque evitar a impunidade em casos nos quais a prova material é escassa, ele suscita preocupações legítimas quando analisado à luz da teoria dos standards probatórios. Atribuir *a priori* um valor diferenciado ao depoimento de uma das partes — a vítima — implica, na prática, a redução do grau de confirmação exigido para a condenação, na medida em que o relato da parte ofendida pode, isoladamente, fundamentar a sentença condenatória. Essa prática contraria o princípio da valoração conjunta da prova, segundo o qual o juiz deve formar sua convicção a partir da análise integrada de todos os elementos probatórios disponíveis, e não a partir da atribuição de peso diferenciado a uma fonte específica.

3.2 Tensões com o princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Essa garantia fundamental impõe ao órgão acusatório o ônus de demonstrar, com provas robustas, a autoria e materialidade do delito. No contexto da jurisprudência do STJ sobre crimes sexuais, a superavaliação da palavra da vítima pode configurar, na prática, uma inversão desse ônus, transferindo ao acusado a dificuldade de refutar alegações não corroboradas por outros elementos de prova.

Lopes Jr. alerta que a vítima está “contaminada pelo caso penal”, pois dele fez parte, o que acarreta interesses diretos nos mais diversos sentidos¹⁹. Além disso, no direito processual penal brasileiro, o ofendido não presta compromisso de dizer a verdade, o que, como ressalta o autor, abre a possibilidade de declarações inverídicas sem a correspondente responsabilização pelo crime de falso testemunho (art. 342 do CP). Essa observação não implica descrédito sistemático da vítima, mas evidencia a necessidade de que seu depoimento seja analisado com o mesmo rigor metodológico

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1913697/SC. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 22 maio 2023b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=REsp+1913697>. Acesso em: 15 abr. 2025.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book, p. 542.

aplicado a qualquer outro elemento de prova.

Nessa mesma linha, Bitencourt sustenta que não se pode admitir, nos crimes de natureza sexual, que uma condenação seja fundamentada exclusivamente no relato da vítima, sem que haja outros elementos probatórios sólidos que sustentem a decisão judicial²⁰. Tourinho Filho corrobora esse entendimento ao afirmar que, diante dos interesses em disputa, as declarações tanto do acusado quanto do ofendido, isoladamente, não devem ser consideradas prova absoluta²¹.

A presunção de inocência, como norma de tratamento, impõe que o acusado seja tratado como inocente durante todo o processo, o que significa que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Quando o sistema jurídico atribui especial valor probatório ao depoimento da vítima, cria-se uma presunção de veracidade que, na prática, transfere ao acusado o ônus de demonstrar a falsidade das alegações, invertendo a lógica constitucional do processo penal. Essa inversão é particularmente grave nos crimes sexuais, nos quais a ausência de provas materiais pode tornar praticamente impossível a refutação do relato acusatório.

3.3 A ausência de critérios objetivos e o risco de arbitrariedade

Um dos aspectos mais problemáticos da orientação jurisprudencial em exame é a ausência de critérios claros e objetivos para a aferição da credibilidade do depoimento da vítima. A jurisprudência do STJ não estabelece parâmetros específicos que permitam ao julgador avaliar, de forma racional e controlável, quando o relato da vítima é suficiente para sustentar uma condenação e quando necessita de corroboração por outros meios de prova. Essa lacuna abre espaço para decisões baseadas em impressões subjetivas, comprometendo a previsibilidade e a segurança jurídica²².

Esse cenário é incompatível com o que Ferrer Beltrán denomina de “controle intersubjetivo” da valoração probatória²³. Para o autor, a racionalidade do juízo probatório depende da possibilidade de que outros sujeitos, aplicando os mesmos critérios, cheguem a conclusões semelhantes. Quando o *standard* probatório é rebaixado por meio da atribuição de valor especial a uma fonte probatória específica, essa controlabilidade fica comprometida, pois diferentes julgadores podem atribuir pesos

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²² RODRIGUES, Victor Trajano de Almeida. Quando as provas permitem condenar alguém no Brasil?. **Humanidades e Tecnologia (FINOM)**, v. 55, n. 1, p. 399-409, 2024.

²³ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

distintos ao mesmo depoimento, sem que haja parâmetros objetivos para aferir a correção de cada decisão.

Masson reforça essa preocupação ao afirmar que o magistrado deve atuar com extrema prudência, confrontando as declarações da parte ofendida com o conjunto probatório presente nos autos e garantindo que não haja razões para uma acusação injusta contra alguém inocente²⁴. O essencial, segundo o autor, é a consistência do relato da vítima em face de todos os elementos de prova disponíveis, e não a presunção *a priori* de veracidade.

A experiência comparada oferece subsídios relevantes para essa discussão. No sistema processual penal espanhol, por exemplo, o Tribunal Supremo desenvolveu critérios objetivos para a valoração do depoimento da vítima como prova de cargo, exigindo: (i) ausência de incredibilidade subjetiva, derivada de relações entre a vítima e o acusado que possam indicar motivações espúrias; (ii) verossimilhança do testemunho, corroborada por dados objetivos periféricos; e (iii) persistência na incriminação, com manutenção da coerência ao longo do tempo. Esses critérios, embora não eliminem a subjetividade inerente à valoração probatória, fornecem um marco referencial que permite o controle racional das decisões judiciais.

A adoção de parâmetros semelhantes pelo STJ contribuiria significativamente para a racionalização da jurisprudência sobre crimes sexuais, permitindo que a proteção da vítima coexista com a observância das garantias processuais do acusado. Sem esses critérios, a atribuição de especial valor probatório à palavra da vítima permanece como uma fórmula vaga, suscetível de aplicações díspares e potencialmente arbitrárias.

4 Estudo de casos: Análise da valoração probatória em contextos complexos

A análise de casos concretos permite ilustrar, empiricamente, os riscos decorrentes da redução do standard probatório e da supervalorização da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. A metodologia adotada para esta seção consiste na análise documental das decisões e manifestações processuais, observando como o standard probatório foi aplicado e como a narrativa midiática interferiu no desenvolvimento dos casos. Os dois episódios selecionados envolveram figuras públicas, o que evidenciou as consequências do juízo paralelo promovido pela sociedade e pela mídia.

Como adverte Zaffaroni, a criminologia midiática compreende a narrativa transmitida pelos meios de comunicação que exerce influência direta na formação da

²⁴ MASSON, Cléber. **Direito penal: parte especial**. v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book.

percepção social sobre o crime, podendo reforçar mitos sobre violência sexual e comprometer a imparcialidade do processo judicial²⁵. A pressão externa sobre os órgãos de persecução penal frequentemente induz a uma flexibilização indevida das garantias processuais, tornando a análise rigorosa da prova ainda mais imperativa. O fenômeno do julgamento paralelo pela mídia é particularmente nocivo nos crimes sexuais, nos quais a mera acusação já produz efeitos devastadores sobre a reputação e a vida social do acusado, independentemente do resultado do processo.

4.1 O caso Neymar Júnior: a necessidade de corroboração probatória

Em maio de 2019, o jogador de futebol Neymar da Silva Santos Júnior foi formalmente acusado de estupro, em episódio que teria ocorrido em Paris. O registro policial inicial indicava a ocorrência de relação sexual sem consentimento e mediante violência²⁶. O caso adquiriu imediata notoriedade, gerando intensos debates públicos antes da conclusão das investigações preliminares. A cobertura midiática massiva promoveu um julgamento antecipado do acusado, com a formação de opiniões polarizadas na sociedade antes mesmo da análise técnica das provas disponíveis.

Durante a instrução do inquérito, observou-se uma alteração substancial na narrativa apresentada pela acusadora, que passou a relatar que a relação sexual havia sido consensual, restringindo a acusação à prática de agressão física. Os laudos periciais não constataram lesões compatíveis com a alegação inicial de violência sexual, e os depoimentos testemunhais colhidos indicaram que a suposta vítima referia-se a agressões, e não a estupro. Diante da ausência de elementos que corroborassem a versão acusatória, o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu o arquivamento do feito, fundamentando que a palavra da vítima “não encontrou amparo em nenhuma outra prova produzida, restando isolada no caderno investigativo”²⁷.

A análise metodológica deste caso demonstra a importância da manutenção de um *standard* probatório rigoroso. A exigência de corroboração externa ao depoimento da vítima funcionou como um filtro epistêmico essencial, impedindo a instauração de uma ação penal baseada em premissas fáticas inconsistentes. Caso o sistema operasse com uma presunção absoluta de veracidade do relato da

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁶ BBC NEWS BRASIL. **O que se sabe sobre a acusação de estupro contra Neymar**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48513598>. Acesso em: 8 maio 2025.

²⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Promotoras de justiça pedem arquivamento do caso Neymar**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/08/promotoras-pedem-arquivamento-de-investigacao-que-apura-denuncia-de-estupro-contra-neymar.ghtml>. Acesso em: 6 fev. 2025.

ofendida, as contradições poderiam ter sido minimizadas, resultando em uma persecução penal infundada.

O caso Neymar ilustra, ainda, os efeitos deletérios do juízo paralelo promovido pela mídia. Mesmo após o arquivamento do inquérito, o acusado sofreu danos reputacionais significativos, perdendo contratos publicitários e sendo submetido a intenso escrutínio público. Esses danos extraprocessuais evidenciam que, nos crimes sexuais, a mera acusação já constitui uma forma de punição social, o que reforça a necessidade de que o sistema de justiça criminal opere com rigor probatório, evitando que acusações infundadas produzam consequências irreversíveis.

4.2 O caso Daniel Alves: a valoração racional da prova técnica

O segundo caso analisado refere-se à acusação de agressão sexual contra o jogador Daniel Alves da Silva, ocorrida em Barcelona, no final de 2022. A relevância deste caso para o presente estudo reside na similaridade do tratamento jurídico dispensado à palavra da vítima na jurisdição espanhola e na brasileira, bem como na demonstração prática dos limites da valoração isolada do depoimento.

Em primeira instância, o acusado foi condenado a quatro anos e meio de prisão, decisão fundamentada precipuamente no relato da ofendida. A condenação foi amplamente celebrada pela mídia e por setores da sociedade como uma vitória na luta contra a violência sexual, reforçando a narrativa de que a palavra da vítima deve ser suficiente para a condenação. No entanto, essa percepção desconsiderava as fragilidades probatórias que seriam posteriormente identificadas pela instância recursal.

Em março de 2025, o Tribunal Superior de Justiça da Catalunha reformou a decisão, anulando a sentença condenatória. A fundamentação da corte revisora baseou-se na incompatibilidade entre a narrativa da vítima e as provas periciais produzidas nos autos — especificamente, a presença de material genético do acusado na cavidade oral da ofendida e as impressões digitais desta no reservatório do sanitário, elementos que contradiziam frontalmente a versão de que não houvera contato oral e de que a vítima fora impedida de se movimentar no local²⁸.

A decisão do tribunal catalão reafirma a premissa central da epistemologia jurídica: a valoração da prova deve ser conjunta e racional. A atribuição de especial relevância ao depoimento da vítima não autoriza o julgador a ignorar ou subestimar

²⁸ PODER 360. **Leia a decisão que anulou sentença por estupro contra Daniel Alves**. 2025. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-gente/leia-a-decisao-que-anulou-sentenca-por-estupro-contra-daniel-alves/>. Acesso em: 16 abr. 2025; LOPES JR., Aury. Entrevista sobre o caso Daniel Alves. **BandNews**, 2025. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ye-dxBGfFxA>. Acesso em: 10 maio 2025.

provas técnicas que infirmem a narrativa acusatória. Além disso, o caso evidencia os impactos extraprocessuais de acusações dessa natureza, considerando as severas restrições de liberdade e os danos reputacionais suportados pelo acusado antes da decisão absolutória definitiva.

A análise comparativa dos dois casos revela um padrão comum: em ambos os episódios, a narrativa midiática exerceu pressão significativa sobre o sistema de justiça, promovendo um julgamento antecipado que desconsiderava a complexidade probatória dos casos. No caso Neymar, o filtro epistêmico do *standard* probatório funcionou adequadamente na fase de investigação, impedindo a instauração de ação penal infundada. No caso Daniel Alves, a insuficiência desse filtro na primeira instância resultou em uma condenação que precisou ser corrigida pela instância recursal, após a análise racional das provas técnicas disponíveis.

Esses casos demonstram que a proteção efetiva das vítimas de violência sexual não se alcança pela flexibilização dos *standards* probatórios, mas pelo aprimoramento das técnicas de investigação e pela adoção de critérios racionais para a valoração da prova. A condenação de inocentes não protege vítimas; ao contrário, deslegitima o sistema de justiça e compromete a confiança social nas instituições responsáveis pela persecução penal.

5 Conclusão

A análise empreendida neste artigo permite concluir que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao atribuir especial valor probatório à palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, promove, na prática, uma redução do *standard* probatório exigido para a condenação penal. Esse rebaixamento do patamar de certeza, embora motivado pela legítima preocupação com a impunidade em delitos cometidos na clandestinidade, colide com garantias constitucionais fundamentais, notadamente o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e o livre convencimento motivado do magistrado (art. 93, IX, da CF; art. 155 do CPP).

O aprofundamento do referencial teórico demonstrou que a epistemologia jurídica exige critérios objetivos e controláveis para a valoração da prova, rejeitando condenações baseadas exclusivamente na convicção íntima ou em presunções não corroboradas. A teoria da prova contemporânea, representada pelas contribuições de Ferrer Beltrán, Laudan e Taruffo, converge na exigência de que o processo penal funcione como um mecanismo racional de busca da verdade, no qual cada elemento probatório é analisado de forma crítica e integrada ao conjunto dos autos.

Os estudos de caso analisados — o arquivamento do inquérito contra Neymar Júnior e a anulação da condenação de Daniel Alves — evidenciaram, mediante análise

metodológica, os riscos concretos da superavaliação de uma única fonte probatória. Em ambos os episódios, a exigência de corroboração probatória e a análise racional das provas técnicas foram determinantes para evitar ou reverter decisões injustas, mitigando os efeitos deletérios do juízo paralelo promovido pela mídia. A análise comparativa demonstrou que a pressão midiática constitui um fator de risco significativo para a racionalidade do processo penal, especialmente nos crimes sexuais, nos quais a mera acusação já produz consequências sociais devastadoras para o acusado.

É imperativo ressaltar que a defesa de critérios probatórios mais rigorosos não implica o descrédito sistemático da palavra da vítima, tampouco representa um retrocesso na proteção de pessoas que sofrem violência sexual. Pelo contrário, a adoção de um sistema de justiça pautado pela racionalidade probatória fortalece a legitimidade das condenações e a confiança institucional, reduzindo a margem para arbitrariedades. A experiência comparada, notadamente os critérios desenvolvidos pelo Tribunal Supremo espanhol para a valoração do depoimento da vítima, oferece subsídios relevantes para a construção de parâmetros objetivos no direito brasileiro.

Diante do exposto, propõe-se: (i) a consolidação, pelo STJ, de parâmetros objetivos para a aferição da credibilidade do depoimento da vítima, exigindo-se consistência interna, coerência externa com os demais elementos dos autos e ausência de motivações espúrias; (ii) o fomento à capacitação contínua dos atores do sistema de justiça criminal em epistemologia jurídica e valoração racional da prova; (iii) o aprimoramento das técnicas de investigação em crimes sexuais, priorizando a coleta de provas periciais e testemunhais independentes; e (iv) a conscientização social acerca da importância da presunção de inocência como pilar do Estado Democrático de Direito.

A efetiva tutela da dignidade sexual demanda um sistema de justiça que seja, simultaneamente, acolhedor para com as vítimas e intransigente na observância das garantias processuais do acusado. Apenas mediante esse equilíbrio será possível assegurar um processo penal justo, racional e substancialmente democrático.

Referências

- BBC NEWS BRASIL. **O que se sabe sobre a acusação de estupro contra Neymar**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48513598>. Acesso em: 8 maio 2025.
- BBC NEWS BRASIL. **Daniel Alves paga fiança e deixa prisão na Espanha: entenda o caso**. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4nvq9lqvzgo>. Acesso em: 10 maio 2025.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 18. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 10 abr. 2025.
- BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113718.htm. Acesso em: 10 abr. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2413836/PR**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 17 out. 2023a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AREsp+2413836>. Acesso em: 15 abr. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1913697/SC**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 22 maio 2023b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=REsp+1913697>. Acesso em: 15 abr. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.107**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 maio 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/InfoADPF1107desqualificac807a771odavi769tima_AOLC.pdf. Acesso em: 15 abr. 2025.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 3. 23. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial**. v. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. E-book.
- LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.
- LOPES JR., Aury. Entrevista sobre o caso Daniel Alves. **BandNews**, 2025. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ye-dxBGfFxA>. Acesso em: 10 maio 2025.
- MASSON, Cléber. **Direito penal: parte especial**. v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book.

- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Promotoras de justiça pedem arquivamento do caso Neymar**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/08/promotoras-pedem-arquivamento-de-investigacao-que-apura-denuncia-de-estupro-contr-neymar.ghtml>. Acesso em: 6 fev. 2025.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book.
- PODER 360. **Leia a decisão que anulou sentença por estupro contra Daniel Alves. 2025**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-gente/leia-a-decisao-que-anulou-sentenca-por-estupro-contr-daniel-alves/>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- RODRIGUES, Victor Trajano de Almeida. Quando as provas permitem condenar alguém no Brasil?. **Humanidades e Tecnologia (FINOM)**, v. 55, n. 1, p. 399-409, 2024. Disponível em: https://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/5935. Acesso em: 10 maio 2025.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, p. e1961, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/9wZMTLketLvR5knhRqXxZ6B/?lang=pt>. Acesso em: 10 maio 2025.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Prisão e decolonialidade: A escravidão como base histórica do poder disciplinar no Brasil

*Prison and Decoloniality: Slavery as the Historical
Foundation of Disciplinary Power in Brazil*

Marcelo Barros Jobim 

Doutor em Direito pela UFBA. Mestre em Direito pela UFPE.
Professor de Direito Constitucional no CESMAC/AL. Advogado.

Bruno Leitão 

Doutor pela PUCRS; Mestre pela UFAL; Professor no Centro
Universitário CESMAC (Maceió/AL); Advogado.

Francisco França Júnior 

Pós-doutor pelo PPGCCRIM da PUCR; Doutor e Mestre pela
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Pro-
fessor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL); Advogado.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal analisar criticamente como perspectivas europeias ainda estão muito presentes nas construções teóricas sobre a prisão no Brasil, sobrepujando-se, portanto, às marcas da cultura escravagista que ainda hoje estão presentes na dinâmica social. Nesse sentido, a problemática está baseada no seguinte questionamento: por qual razão essa perspectiva europeia tem prevalecido? A hipótese trabalhada é a de que falta o despertar para um pensamento decolonial, em que os referentes históricos latino-americanos sejam melhor percebidos em sua importância na dinâmica social moderna. O método utilizado foi o qualitativo, concretizando-se majoritariamente uma abordagem hipotético-dedutiva, amparado na revisão de literatura. Assim, a presente pesquisa demonstra que a prisão brasileira possui raízes históricas no regime escravocrata, funcionando como um mecanismo de continuidade do controle social sobre populações vulnerabilizadas.

Palavras-chave: Encarceramento. Referentes históricos. Regime escravocrata.

Abstract: *This article critically examines the continued dominance of European perspectives in theoretical accounts of the prison in Brazil, which tend to obscure the enduring legacies of slavery in contemporary social dynamics. It asks why such perspectives have prevailed and advances the hypothesis that this reflects a limited engagement with decolonial thought, particularly with regard to the recognition of Latin American historical references and their relevance to modern social formations. Methodologically, the study adopts a qualitative, hypothetico-deductive approach based on a review of the relevant literature. It argues that the Brazilian prison system is historically rooted in slavery and continues to operate as a mechanism of social control over marginalized populations.*

Keywords: *Incarceration. Historical references. Slavery regime.*

1. Introdução

Quando o então Ministro da Justiça do governo Dilma Rousseff comparou, em 2015, os presídios brasileiros a “masmorras medievais”, remeteu-nos às estruturas subterrâneas de castelos europeus do século XIII ou XIV. Ali, aqueles sumariamente condenados eram mantidos presos não apenas para serem supliciados, mas também para serem esquecidos, o que nos remete a um outro nome para esses verdadeiros depósitos de gente, que também podem ser chamados de *oubliettes*, originado de “*oublier*”, ou “esquecer” em francês.

A menção a um referencial europeu talvez não fosse necessária se, na oportunidade, o ministro recordasse as senzalas e os castigos corporais infligidos aos escravizados africanos em pleno território brasileiro, isso já na Idade (dita) Moderna. E não eram destinados a criminosos ou hereges, mas a homens e mulheres cujo desvio era quase sempre a resistência a métodos penosos de trabalho com jornadas excessivas e castigos cruéis, sob o estalo do chicote em seus corpos já encilhados, submetidos à docilidade.

Ocorre que esses fatos históricos foram invisibilizados e esquecidos, quase que apagados do imaginário do povo brasileiro, seja de autoridades seja de cidadãos comuns, incluindo-se ainda a maioria dos pesquisadores do pensamento jurídico. Os referenciais de dor, crueldade e desumanidade geralmente são associados às masmorras

da Idade Média na Europa, às prisões da Idade Moderna ou ao Holocausto judeu, na Idade Contemporânea.

Entretanto, o que muitas vezes não se percebe é que a tragédia humanitária da escravidão perpassou todos esses momentos da história humana, sem uma legítima reação da burguesia (dita) civilizada e iluminada. Na realidade, pode-se deduzir que a classe dominante, seja na Europa, seja no seio das elites americanas, aproveitou-se dessa tragédia, tanto para fins econômicos quanto por deleite para suprir a própria ociosidade.

É nesse contexto que o presente artigo tem como objetivo principal refletir criticamente sobre o modo como se perspectiva a prisão e o próprio poder disciplinar no contexto brasileiro. Questionar as razões pelas quais o fenômeno da escravidão não é colocado no seu devido lugar, vale dizer, como uma prática que foi (e é) central para a formação da cultura carcerária brasileira, tanto que a hipótese apresentada é a de que não se pode falar de cárcere no Brasil sem perspectivar a influência dos regimes escravocratas.

Dessa maneira, é necessário compreender em que medida o sistema prisional brasileiro pode ser entendido como uma continuidade histórica dos mecanismos de controle social estabelecidos durante o período escravocrata, especialmente no que se refere à seletividade racial e social do encarceramento, sendo, portanto, relevante a pesquisa a partir de uma perspectiva histórica e decolonial, contribuindo para o aprofundamento crítico da criminologia e do direito penal brasileiro, ampliando-se o debate sobre racismo estrutural, desigualdade e os impactos do encarceramento em massa, oferecendo subsídios para a reflexão sobre políticas públicas e justiça social

Por fim, o método adotado na presente pesquisa foi essencialmente o qualitativo, tendo em vista a natureza exploratória e interpretativa do objeto de estudo. Optou-se majoritariamente por uma abordagem hipotético-dedutiva, que parte da formulação de hipóteses fundamentadas teoricamente para, em seguida, testá-las e analisá-las à luz dos dados e reflexões obtidos ao longo da investigação. O percurso metodológico foi amparado, sobretudo, em uma revisão bibliográfica, que permitiu o diálogo crítico com a produção acadêmica já consolidada sobre o tema, contribuindo para a construção de um referencial teórico sólido e para a compreensão aprofundada do fenômeno estudado.

2. Decolonialidade, prisão, poder disciplinar e escravidão

O uso da decolonialidade na presente pesquisa, na linha sugerida por Peraçoli, tem o intuito de “denunciar as conexões entre as relações de poder globais que se estabeleceram no contexto da expansão colonial europeia e as condições históricas de

desigualdade, existentes ainda hoje, principalmente no que se refere a história da escravidão e dos negros no Brasil”¹.

Na ótica decolonial, o poder disciplinar (no sentido dado em Foucault²), no âmbito das vivências históricas da colonização sofrida pelas Américas, em especial a América Latina, não tem a sua formação apenas na ideia de prisão, como argumentava Foucault para o cenário europeu. Observe-se:

Se a base histórica (ou arqueológica, na perspectiva de Foucault) do poder disciplinar na Europa foi a prisão, na América Latina, e mais especificamente no Brasil, essa base foi a escravidão. A relação entre os dois fenômenos, inclusive, está clara na 13.^a Emenda à Constituição Americana e no Código Penal brasileiro de 1890, como visto o Capítulo 3. Não é exatamente essa escravidão histórica que se conserva na atualidade, ainda que se fale de “escravidão moderna”, mas, sim, a versão latino-americana de poder disciplinar que ela engendrou.³

De todo modo, cabe reconhecer certa razão à Foucault⁴ quando aponta a forma-prisão como uma realidade que “preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais”. O controle dos corpos, a ensinar o que Foucault chama de uma biopolítica, tem sua passagem pelo sistema psiquiátrico, pela educação vigiada, pela fábrica, enfim, estabelecendo-se uma divisão binária entre loucos e não loucos, perigoso e inofensivo, normal e anormal⁵, e entre úteis e inúteis, pode-se acrescentar.

Ocorre que, no contexto latino-americano, a prisão tem seus vínculos mais estreitos com a vivência escravocrata, cuja superação encontrou forte resistência nos meios políticos e econômicos, de maneira que, na década de 80 do século XIX, os debates sobre a escravidão no Brasil perpassavam a grande problemática sobre mão de obra barata e o direito de propriedade. Nesse cenário, identificava-se, desde os fins do século XVIII, o duplo significado do valor da liberdade, que demarcava em duas importantes divisas os interesses postos em disputa.

Na perspectiva de Grinberg, ao apontar os movimentos no Brasil da época, o termo *liberdade* significava o fim da escravidão para os escravizados, mas “para

¹ PERAÇOLI, Talita dos Santos Molina. Decolonialidade e Arquivos: breves considerações sobre a trajetória acadêmica de um intérprete da história da escravidão no Brasil. **Revista Estudos Sociais Contemporâneos**, n. 31, julho-diciembre, 2024. p. 124.

² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 120-121.

³ JOBIM, Marcelo Barros. **Constitucionalismo decolonial: a questão da autonomia quilombola no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2022. p. 252.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 29. Ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 195.

⁵ FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 165.

outros revoltosos ela era a garantia dos direitos de propriedade e seus correspondentes, como o livre comércio e a igualdade de direitos para todos os homens livres”⁶.

Dessa maneira, no bojo dessas discussões, identificava-se a própria pessoa escravizada, objeto de propriedade para o Direito Civil, vista como uma coisa. No mesmo século XIX, algumas décadas antes, a elaboração da 13.^a Emenda americana (1863), que promoveu a abolição da escravidão nos Estados Unidos, provocava discussões semelhantes: afinal, quem iria colher o algodão? Quem substituiria essa mão de obra barata? Quanto custaria?

Curiosamente, tanto lá como aqui o resultado da abolição da escravidão ensejou mudanças no sistema penal. A 13.^a Emenda americana, se, por um lado, abolia a escravidão e os trabalhos forçados nos Estados Unidos, também fazia uma ressalva: “salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado”.

Como advertido por Araújo, os escravizados presos “a mando de seus proprietários ou presos pelas autoridades, por suspeita de serem fugidos, estavam vivendo um outro momento histórico”, no que explica: as revoltas “ocorridas nos quatro cantos do império, com destaque para o levante urbano rechaçado pelas autoridades baianas, contribuiu para o recrudescimento do controle sobre os negros” e, com isso, a necessidade de serem discutidos os modelos de gestão da prisão⁷.

Ferraro, sobre a tardia abolição do regime escravocrata brasileiro, argumenta que as razões estavam ligadas aos “interesses econômicos e políticos que prevaleceram”, tanto que “homens e mulheres negros escravizados foram estigmatizados como inimigos domésticos e submetidos a um permanente estado de exceção”⁸.

Fica, portanto, muito clara, sobretudo no Brasil, a partir de uma visão essencialmente decolonial, a relação umbilical existente entre a prisão, o poder disciplinar e a escravidão, na medida em que esta última caracteriza de forma muito mais acentuada a vivência latino-americana de tragédia humanitária. Tal fenômeno histórico fundamenta (ou deveria fundamentar) o pensamento crítico no continente, em comparação com os fatos históricos ocorridos na Europa durante a Segunda Guerra.

Nesse contexto, é clara e historicamente observável, quer seja no ambiente acadêmico quer seja no senso comum, que, sobretudo no Brasil, a visão de mundo que tem prevalecido, como destacado por Oliveira, “é eurocêntrica e não leva em

⁶ GRINBERG, Keila. **O fiador dos brasileiros: cidadania, escravidão e direito civil no tempo e Antônio Pereira Rebouças**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 49.

⁷ ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro, seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861**. **Tese de Doutorado**, UNICAMP, 2009, p. 92.

⁸ FERRARO, Marcelo Rosanova. **A Economia Política da Violência na Era da Segunda Escravidão: Brasil e Estados Unidos, 1776-1888**. **Tese de Doutorado**, USP, 2021, p. 2.

consideração os saberes produzidos pela negritude e por autores que têm uma perspectiva formulada a partir dos processos de colonização e não ocidentalizados”⁹, o que, aliás, também acaba afetando os povos originários, “por terem costumes, linguagem, formas de relações e organização social distintos da cultura europeia”¹⁰.

Como constatado por Fernandes, “Não nos faltam elementos históricos que consolidem a continuidade da violência estruturada pelo racismo”¹¹. A autora adverte que “é possível perceber, nossa realidade atual em espaços de privação de liberdade não passa de uma continuidade nas trajetórias de contenção e punição dos sujeitos dominados”, e ainda arremata que “[n]ovos arranjos, dada as conjunturas, mas as reconfigurações permitem o avanço e a continuidade das práticas de tortura, como um elemento constituidor das relações de poder no Brasil”¹².

Evidentemente que essa movimentação para uma mudança de paradigma, não é propriamente uma novidade no ambiente acadêmico, tal como constatado por Freitas e Silveira, visto que essa “preocupação com um conhecimento penal próprio da América Latina, como projeto teórico e político, não é inédita, sendo possível resgatá-la na criminologia crítica produzida, sobretudo, nas décadas de 70 e 80”¹³, colocando-se, portanto, em evidência, o saber (rico) tradicionalmente marginalizado pelos saberes eurocêntricos.

Freitas e Silveira aduzem ainda que o modelo colonial “promove a superioridade do conhecimento produzido no Norte Global, que teria um valor universal, ao passo que o do Sul Global teria um valor apenas regional”, sendo que “a América Latina seria um espaço onde apenas se reproduz, difunde ou se aplica o conhecimento original produzido nos países do Norte, especialmente Estados Unidos e Europa Ocidental”¹⁴, o que evidencia a necessidade de manter o senso crítico.

Observe-se que, embora tenha sido formalmente debelado o regime escravocrata no Brasil, por pressão internacional e, especialmente, pela resistência do povo negro, as elites políticas e econômicas decidiram manter sob apertado controle esse contingente de pessoas que passaria a perambular pelas ruas à procura de

⁹ OLIVEIRA, Juliana Borges. Da senzala ao sistema prisional: a institucionalização do racismo no Brasil. **Dissertação de mestrado**, UFAL, 2021. p. 95.

¹⁰ OLIVEIRA, Juliana Borges. *op. cit.*, p. 57.

¹¹ FERNANDES, Ionara dos Santos. Da escravidão à prisão pelo fio condutor da tortura no Brasil. **R. Katál.**, Florianópolis, v. 25, n. 2, maio-ago., 2022. p. 289.

¹² FERNANDES, Ionara dos Santos. *op. cit.*, p. 289.

¹³ FREITAS E SILVEIRA, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 199. ano 31, São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. p. 155.

¹⁴ FREITAS E SILVEIRA, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *op. cit.*, p. 162-163.

oportunidades¹⁵. As pessoas até então escravizadas continuavam forçadas a aceitar trabalhos sob condições muito precárias, sobretudo para que não fossem capturadas pelo poder público e jogadas num espaço equivalente às senzalas, ou, na visão europeia, nas tais “masmorras medievais”.

É, pois, a partir desse cenário que se deve observar a necessidade de decolonização do conhecimento sobre a prisão na América Latina, em especial no Brasil – vez que esse é o espaço que se estabeleceu como nosso foco principal –, de modo que não se deve confundir essa providência com um eventual isolamento entre os saberes (latino-americano e europeu), pretendendo-se apenas que seja colocada em evidência a existência de uma identidade própria, que foi forjada às custas de muito sangue, suor e lágrimas.

Como evidenciado por Luciano Góes:

A luta por resistência, insurgência, re-existência e subversão da ordem colonial(ista) pelos povos marginais originários escravizados, se mantém pela transmissão geracional do que restou de suas identidades, ampliando e amplificando através da “memória coletiva” tudo o que suas ancestralidades deixaram como herança, uma pedagogia de (sobre)vivência existencial, chamada por Catherine Walsh de “pedagogia decolonial”, pela qual se une, e complementa, os mundos e os seres, de modo não excludente.¹⁶

3. Debela-se formalmente o regime escravocrata, mas resolve-se empoderar (ainda mais) o sistema de justiça criminal contra a (recém-liberta) população negra

Após a Lei Áurea, em maio de 1888, e a Proclamação da República, em novembro de 1889, as elites fizeram promulgar o Código Criminal de 1890, que trazia, não por acaso, uma eloquente categoria de crime: “Os Vadios e Capoeiras”, em seus artigos 399 a 404, colocando-se em movimento a roda viva dos encarceramentos, resultando, pelo menos no Brasil, e em pleno século XXI, nas tais “masmorras medievais”, novas senzalas, ou seja, num sistema majoritariamente ocupado por pessoas

¹⁵ CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. 339 f. Tese (Doutorado em Educação – Filosofia da Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 90 e ss.

¹⁶ GÓES, Luciano. Abolicionismo penal? Mas qual abolicionismo, “cara pálida”? **Revista InSURgência**, Brasília, ano 3, v.3, n.2, 2017, p. 108.

negras e pobres. Os mesmos destinatários das lavouras e dos pelourinhos do passado, hoje, são os que têm por destino prioritário as prisões, mas, sempre em jogo, antes e depois, o mesmo bem: a liberdade.

Como observado por Carneiro, “No Brasil, o pós-abolição consolida a racialidade negra como o meio delinquente por excelência, produzindo sobre ela inclusive um dispositivo legal, a ‘lei da vadiagem’”¹⁷. A liberdade continuava condicionada.

A relação entre “vadiagem” e escravidão foi bem pontuada por Kowarick, para quem, “ao longo dos tempos formou-se um imaginário social que colocou essa população livre despossuída na categoria da ‘vadios’, e sobre eles desabava a pecha de indigentes, indolentes e desqualificados para o trabalho disciplinado e regular”¹⁸. O próprio conceito de vadiagem, como observa ainda Kowarick, “reiterava a percepção dos grandes potentados rurais”, que viam tanto nos escravos quanto nos trabalhadores livres indivíduos que só trabalhavam sob a ameaça do uso da força.

Nesse ponto, e ainda sob o enfoque decolonial, à relação existente entre a prisão, o poder disciplinar e a escravidão, acrescenta-se a categoria do trabalho, no cenário socioeconômico brasileiro e suas origens na colonização portuguesa. Aos não adaptáveis a essas injunções, sob a ótica da exploração da força de trabalho precarizada, caberia ou a favelização, como marginalização social, ou a prisão, enquanto marginalização oficial.

Talvez por isso, só se tenha começado a identificar o sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347) quando membros proeminentes das elites do Brasil, pessoas brancas sobretudo, começaram a frequentar as prisões (operações mensalão e lava-jato, como as mais impressionantes). Ainda assim, abrigados em condições privilegiadas, sem os riscos normalmente suportados historicamente por pessoas negras.

O sistema jurídico-criminal – inclusive com o auxílio da criminologia positivista (de Lombroso a Nina Rodrigues), que vociferava que essa comunidade detinha o gene da criminalidade, e que, por isso, precisava de apertada vigilância¹⁹ – amoldava-se às necessidades de controle daquela população negra recém-liberta,

¹⁷ CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. 339 f. Tese (Doutorado em Educação – Filosofia da Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 87.

¹⁸ KOWARICK, Lúcio. **Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, 2019. p. 133.

¹⁹ Vide FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 26, 2018. p. 397-422.

propagando-se a ideia de que a população negra, não mais submetida formalmente à escravidão, seria inferior aos demais cidadãos²⁰, com as criminalizações, construía-se a ideia de cidadãos de segunda classe ou subcidadãos²¹, cujas culturas, religiões e tradições eram demonizadas, marginalizadas, invisibilizadas e/ou criminalizadas pelo poder instituído.

Cacicedo, por exemplo, destaca que, nesse processo histórico, as elites brasileiras voltavam cada vez mais seus interesses para “o controle dos escravos no espaço urbano”, no que “é concebida a construção do Calabouço na Fortaleza de Santiago em 1767, prisão destinada exclusivamente à aplicação de castigos aos escravos urbanos”²².

Não é por acaso que ainda se observa a influência desse caldo cultural discriminatório e preconceituoso no Brasil, não só contra as pessoas negras, mas também contra povos originários e contra o catolicismo popular. O atual Código Penal, de 1940, por exemplo, prevê o curandeirismo como crime (art. 284), o que ainda potencializa atuações de criminalização contra esses grupos, que são historicamente perseguidos pela atuação estatal²³.

Embora a Constituição de 1988 garanta a liberdade religiosa, assim como também garante uma série de outros direitos (como a vedação da tortura, de penas cruéis, degradantes e humilhantes, por exemplo), isso não significa que o modo de agir do regime escravocrata brasileiro tenha ficado para trás na atuação do sistema oficial de controle e de punição.

A propósito, como já destacado por Oliveira (1994), práticas torturantes (ou os castigos físicos), embora expulsas do “convívio de pelo menos uma parte da humanidade durante um tempo”, insistem em retornar, mesmo que “nunca mais tenha[m] sido oficialmente aceita[s]”²⁴.

Para descaracterizar a escravidão, ainda permanente na década de 40 do século XX, mais de 60 anos após a abolição, o Código Penal é editado por meio de um Decreto-Lei, recorrendo, no entanto, a uma espécie de eufemismo normativo. Em vez de tipificar o trabalho escravo propriamente dito, aduz ao sentido de “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (art. 149). O subterfúgio visava

²⁰ Vide SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do ser negro**: um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros. São Paulo: Educ, 2002.

²¹ Vide SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2012.

²² CACICEDO, Patrick. Punição e estrutura social no Brasil Colônia: o público e o privado na reprodução da ordem escravista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 193, 2022. p. 379.

²³ Vide CAMPOS, Ludimila Caliman; LORENZONI, Lara Ferreira; LIMA, Aline Magdalão da Fonseca. Curandeirismo no Brasil: uma abordagem histórico jurídica na transição do final império e início da república. **Revista Relegens Thréskeia**, v. 09, n.2, UFPR, 2020. p. 225-241.

²⁴ OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 89.

encobrir tanto o escravizado quanto o escravocrata, como criança que brinca de se esconder tapando o rosto com as próprias mãos.

Se antes o encobrimento era do “outro”, ou seja, dos povos colonizados, dando origem ao mito da modernidade, como na análise de Dussel²⁵, e por meio de um paradoxal descobrimento, agora o encobrimento era, e ainda é, dos efeitos dessa colonização. Dessa forma, a escravidão ou o trabalho escravo, que está na base dos fenômenos sociais como o racismo, também se apresenta como a genealogia de fenômenos institucionais como o encarceramento, que tem como principal “alvo” a pessoa negra.

Como sinalização para um esforço no sentido de superar esse encobrimento, o constituinte reformador reconhece em pleno século XXI a existência de trabalho escravo no Brasil, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 14/2018, que acrescenta essa forma persistente e clandestina de exploração do trabalho ao artigo 243 da Constituição. Ao lado da cultura de plantas psicotrópicas, o trabalho escravo ensina a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde essas práticas forem localizadas.

Assim, é compreensível que a definição de “estado de coisas inconstitucional”, reconhecido na ADPF 347 para o sistema prisional, como visto anteriormente, tenha se dado mais em razão do alcance desse sistema em relação aos membros da sociedade pertencentes a uma elite, ainda que em condições mais favoráveis. Na mesma linha de entendimento, no entanto, o reconhecimento desse *estado de coisas* em relação ao trabalho escravo, tão legítimo quanto, talvez não se dê pela blindagem dessa categoria social em face de um dos elementos históricos mais marcantes da formação da sociedade brasileira.

4. Considerações finais

Durante séculos as potências europeias dominaram as mais variadas formas de exercer o poder, especialmente o punitivo, nas mais variadas regiões do mundo, sendo razoável que a histórica supremacia econômica europeia também permitiria que o estilo de vida e o modo de pensar seriam prontamente incentivados como os únicos aceitáveis.

Ocorre que, quando essa perspectiva se dissemina, em especial no continente latino-americano, outras tragédias humanas, como as que também ocorreram no continente europeu, ficam invisibilizadas. Como é, portanto, o caso da escravidão no

²⁵ Vide DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

contexto do debate sobre a prisão no Brasil. Logo, o encarceramento brasileiro não pode ser discutido com propriedade sem se levar em consideração todo esse caldo cultural local e regional.

Assim, da perspectiva decolonial, embora não se defenda um isolamento teórico, ou uma simples refutação de teorias europeias, é fundamental que esses referentes históricos, europeus e latino-americanos, dialoguem sem qualquer hierarquização, cientes de que suas próprias histórias devem oferecer elementos mais do que suficientes para uma adequada interpretação da realidade (e do poder punitivo) que vivenciam na atualidade.

O regime escravocrata, portanto, deixou marcas em diversos setores sociais, mas é na dinâmica prisional que se observa uma das mais evidentes marcas de sua permanência, restando claro que o sistema prisional brasileiro não pode ser analisado apenas a partir dos modelos clássicos europeus de punição, pois sua formação está profundamente ligada à herança da escravidão e aos mecanismos históricos de controle racial e social.

Referências

- ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. *Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro, seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861. Tese de Doutorado*, UNICAMP, 2009.
- CACICEDO, Patrick. Punição e estrutura social no Brasil Colônia: o público e o privado na reprodução da ordem escravista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 193, 2022.
- CAMPOS, Ludimila Caliman; LORENZONI, Lara Ferreira; LIMA, Aline Magdalão da Fonseca. Curandeirismo no Brasil: uma abordagem histórico jurídica na transição do final império e início da república. **Revista Relegens Thréskeia**, v. 09, n.2, UFPR, 2020. p. 225-241.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. 339 f. Tese (Doutorado em Educação – Filosofia da Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FERNANDES, Ionara dos Santos. Da escravidão à prisão pelo fio condutor da tortura no Brasil. **R. Katál.**, Florianópolis, v. 25, n. 2, maio-ago., 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2022.e83873>
- FERRARO, Marcelo Rosanova. *A Economia Política da Violência na Era da Segunda Escravidão: Brasil e Estados Unidos, 1776-1888. Tese de Doutorado*, USP, 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 29. Ed. São Paulo: Vozes, 2004.

- FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 26, 2018.
- FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 199, ano 31, São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008].
- GÓES, Luciano. Abolicionismo penal? Mas qual abolicionismo, “cara pálida”? **Revista In-SURGência**, Brasília, ano 3, v.3, n.2, 2017.
- GRINBERG, Keila. **O fiador dos brasileiros: cidadania, escravidão e direito civil no tempo e Antônio Pereira Rebouças**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- JOBIM, Marcelo Barros. **Constitucionalismo decolonial: a questão da autonomia quilom-bola no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2022.
- KOWARICK, Lúcio. **Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, 2019.
- OLIVEIRA, Juliana Borges. Da senzala ao sistema prisional: a institucionalização do racismo no Brasil. **Dissertação de mestrado**, UFAL, 2021.
- OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- PERAÇOLI, Talita dos Santos Molina. Decolonialidade e Arquivos: breves considerações sobre a trajetória acadêmica de um intérprete da história da escravidão no Brasil. **Revista Estudos Sociales Contemporâneos**, n. 31, julio-diciembre, 2024. <https://doi.org/10.48162/rev.48.077>
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do ser negro: um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros**. São Paulo: Educ, 2002.
- SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2012.

Padrões de tipificação nos crimes em espécie contra o Direito de Propriedade Intelectual

Patterns of Criminal Classification in Offenses Against Intellectual Property Rights

Aprício Teles Mascarenhas Neto 

Doutor em Propriedade Intelectual (UFS) e Doutorando em Direito (UFBA). Mestre em Administração (UCS). Graduado em Direito e Matemática (UVA). Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho, Analista de Processo Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe (ALESE).

Resumo: O presente artigo estuda as tipificações penais contra a propriedade intelectual, sejam os crimes contra a propriedade industrial, os direitos autorais ou as proteções *sui generis*. O objetivo é identificar se há padrões nas condutas tipificadas como crimes contra a propriedade intelectual e, em caso positivo, quais são os padrões identificados. Para tanto, a pesquisa usa uma metodologia bibliográfica e exploratória com abordagem indutiva. As hipóteses foram confirmadas, pois os verbos utilizados pela legislação pátria para tipificar os crimes em espécie contra a propriedade intelectual têm como ponto em comum a violação da proteção advinda da exclusividade do titular da exploração econômica, comercial e empresarial da propriedade intelectual. Essa violação pode ocorrer por meio das ações tipificados nos verbos fabricar, divulgar, vender, alterar, oferecer reproduzir, publicar, empregar, substituir, importar, exportar, embalar, armazenar, ceder, usar, ter, ocultar, receber, fornecer, dentre outros. Por fim, a maioria dos crimes é considerada de menor potencial ofensivo, salvo três exceções. O estudo fornece à sociedade e à academia, além de uma sistematização dos crimes contra a propriedade intelectual, o padrão de tipificação das condutas e das penas desses crimes.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Violações. Crimes.

Abstract: *This article examines criminal offenses against intellectual property, including those relating to industrial property, copyright, and sui*

generis protections. It aims to identify whether there are discernible patterns in the conduct defined as intellectual property offenses and, if so, to specify those patterns. To this end, the study adopts an exploratory, bibliographic methodology with an inductive approach. The findings indicate that the verbs employed by Brazilian legislation to define specific intellectual property offenses share a common core: the violation of the exclusive rights of the holder to the economic, commercial, and entrepreneurial exploitation of intellectual property. Such violations may occur through conduct expressed by verbs such as manufacturing, disclosing, selling, altering, offering, reproducing, publishing, using, replacing, importing, exporting, packaging, storing, assigning, possessing, concealing, receiving, and supplying, among others. Finally, most of these offenses are classified as minor offenses, with only three exceptions. The study contributes to both academia and society by systematizing intellectual property offenses and identifying patterns in their legal classification and corresponding penalties.

Keywords: *Theories. Intellectual Property. Economic Analysis.*

1. Introdução

O direito de propriedade intelectual fornece mecanismo de proteção dos ativos intangíveis frutos da intelectualidade humana, que conferem aos titulares a exclusividade econômica, comercial e empresarial por determinado tempo. Esses ativos são divididos em direito de propriedade industrial, direitos autorais e proteções *sui generis*, além das repressões às violações cíveis e penais¹. Neste sentido, o presente estudo pesquisa as tipificações penais contra a propriedade intelectual, destacando os tipos verbais das condutas consideradas crimes, em quaisquer de suas espécies.

O estudo desses crimes como modalidade de crimes na seara do direito penal econômico se justifica mais fortemente com o fenômeno da globalização e a interdependência econômica, que aumentam a complexidade dos crimes². No contexto das

¹ BARBOSA, D. B. **Tratado de Propriedade Intelectual:** Uma Introdução à Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, Doutrina da Concorrência Privada, Direito Internacional da Propriedade Intelectual, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017d. v. Tomo I.

² FERNANDES, A. Direito penal econômico na sociedade de risco: uma análise crítica da legislação

startups, a proteção dos ativos de propriedade intelectual, inclusive a violações criminais, é de grande relevância para a geração de inovação e competitividade³, sobretudo em um cenário de incertezas econômicas⁴.

A pesquisa científica exige a formulação de um problema de pesquisa por meio de uma pergunta que seja clara e precisa, com delimitação viável, suscetível de solução e formulação empírica⁵. Assim, a pesquisa tem o seguinte problema: é possível identificar padrões nas condutas tipificadas como crimes contra as três espécies de direito de propriedade intelectual? Se sim, quais? Para tal problema, com base no estado da arte da literatura intelectualista e criminal, é possível formular as seguintes hipóteses: a legislação pátria que tipifica os crimes contra a propriedade intelectual segue um padrão de tipificar a violação à proteção advinda da exclusividade do titular da exploração econômica, comercial e empresarial; e a maioria dos crimes são consideradas de menor potencial ofensivo, a exceção de três.

Neste contexto, tem-se o objetivo geral é identificar se há padrões nas condutas tipificadas como crimes contra a propriedade intelectual e, em caso positivo, quais são os padrões identificados. Seguindo os ensinamentos de Francesco Carnelutti, para quem “é mister a técnica para que a ciência alcance sua perfeição”⁶, o estudo adota a metodologia de pesquisa bibliográfica exploratória, com abordagem qualitativa baseada em dados documentais, legislação, publicações em periódicos e doutrina que versem sobre o tema pertinente à matéria objeto de estudo. A abordagem é feita por meio do método indutivo, segundo qual se analisa as premissas base do pensamento para constatação mais ampla, sendo, portanto, um procedimento generalizador⁷.

Como resultados, as hipóteses foram confirmadas, pois a legislação pátria tipifica a conduta de violar a proteção advinda da exclusividade do titular da exploração econômica, comercial e empresarial da propriedade intelectual. Essas violações podem ocorrer por meio das ações tipificados nos verbos fabricar, divulgar, vender, alterar, oferecer

brasileira à luz da Escola de Frankfurt. **Revista de Derecho**. Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, n. 30, p. 1–25, 2024.

³ MATIAS-PEREIRA, J. A gestão do sistema de proteção à propriedade intelectual no Brasil é consistente? **Revista de Administração Pública**, v. 45, n. 3, p. 567–590, 2011. RAJ, S. J. M. Branding of green tea leaf: a disruptive innovation for building market competitiveness of small tea growers in North East India. **Journal of Agribusiness in Developing and Emerging Economies**, v. 11, n. 2, p. 88–104, 2021. RAU, R. M. O. B. *et al.* Difusão da propriedade intelectual nos ambientes impulsionadores de inovação do Estado de Pernambuco. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, v. 18, n. 3, p. 196–218, 2024.

⁴ SILVA, A. G.; BUENO, M. P.; SOUZA, R. R. Gerenciamento dos ativos de propriedade intelectual nas fases de estruturação das startups. **Revista de Gestão e Secretariado**, v. 14, n. 11, p. 20698–20709, 2023.

⁵ GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁶ CARNELUTTI, F. **Metodologia do Direito**. 1. ed. Leme/São Paulo: CL EDIJUR, 2018. p. 19.

⁷ MEZZAROBBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da pesquisa no Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

reproduzir, publicar, empregar, substituir, importar, exportar, embalar, armazenar, ceder, usar, ter, ocultar, receber, fornecer, dentre outros. Além disso, a maioria dos crimes são consideradas de menor potencial ofensivo, a exceção de três crimes.

No entanto, embora o estudo tenha alcançado o objetivo proposto, certas limitações intrínsecas à pesquisa devem ser consideradas para a interpretação dos resultados. A primeira restrição é quando ao ordenamento jurídico pátrio analisado, uma vez que análise se concentram estritamente na legislação brasileira. A ausência de uma perspectiva de direito comparado limita a generalização dos padrões identificados para outros contextos jurisdicionais. Além disso, há transições de cunho metodológico, pois, na pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo, os resultados refletem a interpretação doutrinária e legal do estado da arte, e o método indutivo permite a identificação de padrões gerais, porém, pode não capturar especificidades procedimentais e nuances específicos.

2. Direito de Propriedade Intelectual

Inicialmente, cumpre fixar o que se entende por direito de propriedade intelectual. A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), de 1967, em seu art. 2º, VIII, define a propriedade intelectual como a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às invenções, às marcas e à proteção contra a concorrência desleal⁸. Logo, pode-se dizer que os direitos de propriedade intelectual são um rol de institutos protetivos dos bens imaterial ou incorpóreos adivinhos do intelectual humano. Sob o ponto de vista regulamentar, o direito de propriedade intelectual tem vasta normatividade, sejam internacionais, constitucionais, legais ou infralegais.

No âmbito internacional, são diversos tratados ou convenções internacionais que regulam o direito de propriedade intelectual. O pioneiro é a Convenção da União de Paris (CUP)⁹, que “prevê ampla liberdade legislativa para cada País, exigindo apenas paridade: o tratamento dado ao nacional beneficiará também o estrangeiro”¹⁰. O Brasil é um dos países signatários da CUP¹¹. Outro importante instrumento

⁸ OMPI. Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967 e modificada em 28 de setembro de 1979. **Organização Mundial da Propriedade Intelectual**, p. 25, 2002.

⁹ CUP. **Convenção da União de Paris para proteção da Propriedade Industrial**. Paris: OMPI, 1883. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2025.

¹⁰ BARBOSA, D. B. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 165.

¹¹ VARELLA, M. D. Biodiversidade: o Brasil e o quadro internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, p. 123–141, 1997.

normativo internacional é a Convenção de Berna (CB)¹², que estabelece a proteção das obras literárias e artísticas de caráter científico, fruto do empenho do escritor francês Victor Hugo¹³. A Convenção da União de Paris é reconhecida como uma das marcas do que vinha ser denominado direito penal econômico. Após esses dois, vieram outros tratados internacionais sobre a matéria, com destaque para o *Patent Cooperation Treaty* (PCT)¹⁴, ou Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, de 1970, o Acordo de Madri sobre o Registro Internacional de Marcas, Protocolo de Madri¹⁵, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, ou Acordo TRIPS de 1994¹⁶, além de outros.

Na seara constitucional brasileira, o direito de propriedade intelectual esteve presente em todas as Constituições, a exceção da Constituição de 1937. A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) colocou o direito de propriedade intelectual no rol dos direitos fundamentais, como uma espécie de direito de propriedade, sendo-lhe asseguradas as garantias inerentes a esses direitos, tais como a inviolabilidade, a vedação à supressão e necessidade de atender ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil¹⁷, nos termos do art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX, CF/88¹⁸. Esses dispositivos asseguram aos autores de inventos industriais o privilégio temporário de utilização quanto ao uso, a publicação, a reprodução e a proteção obras, vozes e imagens humanos. Trata-se, portanto, de normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo¹⁹. Esses mandamentos constitucionais estabelecem as normas gerais a serem corporificado, e indica que sua eficácia será materializada na lei que assimilará tais princípios como estratégia definida pelo Poder Legislativo ordinário.

¹² CB. **Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas**. Berna: OMPI, 1886. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/convencao_berna.pdf. Acesso em: 11 mai. 2025.

¹³ RAMOS, A. L. S. C.; GUTERRES, T. M. **Lei de propriedade industrial comentada**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁴ PCT. **Patent Cooperation Treaty ou Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes**. Genebra: WIPO, 1970. Disponível em: <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/docs/texts/pct.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2025.

¹⁵ ACORDO DE MADRI. **Protocolo referente ao Acordo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas adotado em Madri em 27 de junho de 1989 e emendado em 3 de outubro de 2006**. Madri: OMPI, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10033.htm. Acesso em: 11 maio 2025.

¹⁶ ACORDO TRIPS. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. Montevideu: WIPO, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 11 mai. 2025.

¹⁷ BASSO, M. A tutela Constitucional da Propriedade Intelectual. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 179, p. 39–41, 2008.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2025.

¹⁹ SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Neste sentido, a Constituição é a norteadora, mas é a lei ordinária que realmente versará sobre todos os aspectos do direito de propriedade intelectual. Essas leis ordinárias são, basicamente, as leis que tratam das diversas espécies do direito de propriedade intelectual, a saber: a Lei da Propriedade Industrial (LPI), Lei n.º 9.279/1996²⁰, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e trata de patente, registro, indicação geográfica e reapreensão à concorrência desleal; a Lei dos Direitos Autorais (LDA), Lei n.º 9.610/98²¹, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos dos autores e conexos; Lei do Programa de Computador (LPC), Lei n.º 9.609/98²², que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no Brasil; a Lei das Cultivares (LC), Lei n.º 9.456/1997²³, que regula as variabilidades genéticas de vegetais; a Lei de Proteção da Topografia (LPT), Lei n.º 11.484/2007²⁴, dispõe sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados; e a Lei dos Conhecimentos Tradicionais (LCT), Lei n.º 13.123/2015²⁵, que dispõe sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado. Essas regulamentações estão em consonância com os estudos de João Gama Cerqueira²⁶, que foi um dos primeiros estudiosos brasileiros a tratar de um Sistema de Direito de

²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 16 set. 2025.

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências,** 1998b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

²² BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências, 1998a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

²³ BRASIL. **Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997.** Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007.** Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L11484compilado.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015.** (...) dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L13123.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

²⁶ CERQUEIRA, J. da G. **Tratado da Propriedade Intelectual.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1, parte I.

Propriedade Intelectual (SPI) estruturado segundo o gênero, as espécies²⁷.

O Gênero é o próprio direito de propriedade intelectual. As espécies são três: a propriedade industrial; o direito autoral; e a proteção *sui generis*. As modalidades são onze, a saber: patente, registro, indicação geográfica, repressão à concorrência desleal e segredo industrial, todas da espécie propriedade industrial; direitos autorais, direitos conexos e programa de computador, todas da espécie direitos autorais; e topografia de circuitos integrados, cultivares e conhecimento tradicional, todas da espécie proteção *sui generis*. Os tipos são seis e apenas da espécie propriedade industrial, a saber: invenção e modelo de utilidade, da modalidade patente; marcas e desenho industrial, da modalidade registro; e indicação de procedência e denominação de origem, da modalidade indicação geográfica.

Hodiernamente, segundo Denis Borges Barbosa e a jurisprudência brasileira, a terceira espécie de direito de propriedade intelectual, a proteção *sui generis*, está consolidada²⁸⁻²⁹. Essa sistematização do direito de propriedade intelectual é a mais contemporânea, uma vez que na visão de João Gama Cerqueira³⁰ havia apenas duas espécies de direito de propriedade intelectual, a propriedade industrial e o direito autoral. Rodrigo Moraes³¹ denomina essas duas espécies de subsistemas de Direito Intelectual, mas admite que propriedade intelectual é a nomenclatura mais usada social e academicamente.

3. Crimes Contra o Direito de Propriedade Intelectual

A característica protetiva dos institutos de direito da propriedade intelectual faz surgir mecanismos de coibição das possíveis violações à patente, ao registro de marca e de desenho industrial e às indicações geográficas, bem como indenização, perdas e

²⁷ BARBOSA, D. B. **Tratado de Propriedade Intelectual**: Uma Introdução à Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, Doutrina da Concorrência Privada, Direito Internacional da Propriedade Intelectual, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017d. v. Tomo I.

²⁸ Idem.

²⁹ STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 2.152.321/SP**. Brasília: STJ, 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=274269303®istro_numero=202301784351&publicacao_data=20241004. Acesso em: 20 abr. 2025.

³⁰ CERQUEIRA, J. da G. **Tratado da Propriedade Intelectual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1, parte I.

³¹ MORAIS, R. Direito Autoral e Propriedade Industrial: por um ensino integrado desses dois subsistemas do Direito Intelectual. In: CORREIA, A.; CAOUCHO, F. J. (org.). **Direitos da Personalidade: a contribuição de Sílmar J. A. Chinellato**. 1. ed. Barueri: Manole, 2019. p. 343–368.

pernas e ressarcimento pela exploração indevida, tanto nas esferas cível como criminal. A doutrina denomina as violações à propriedade indústria de contrafação³². As repreensões às violações do direito de propriedade intelectual na seara criminal serão tratadas doravante como crimes contra o direito de propriedade intelectual. Esses crimes estão próximos do que Sutherland denomina de crime de colarinho branco³³, isso porque a propriedade intelectual é um ativo de grande relevância para grandes corporações nacionais ou internacionais, inclusive no setor do agronegócio³⁴, com incidência de crimes transnacionais³⁵.

Em seu clássico *White Collar Crime*, Sutherland dedica todo um capítulo para tratar das violações das leis relativas a patentes, marcas registradas e direitos autorais, no contexto das infrações criminais contra a privação de sua propriedade e contra a concorrência desleal. Diante disso, há fundamentos para a responsabilização penal internacional, inclusive das organizações empresariais³⁶.

3.1. Disposições gerais

Inicialmente, ressalte-se que a ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão nesses crimes contra a propriedade intelectual são reguladas pelo Código de Processo Penal, bem como o Código Penal, no que couber, nos termos do art. 200, LPI.

A ação penal nos crimes contra a propriedade industrial é privada, em regra (art. 199, LPI). Ressalva-se esta regra para os crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda, nos termos do art. 191, LPI, que são de ação penal pública incondicionada. Nos crimes contra os direitos autorais, a regra é a mesma, ou seja, na modalidade simples a ação penal é privada, na forma qualificada pode ser pública incondicionada ou condicionada, nos termos do art. 184, CP.

Quando o crime for contra a proteção dos programas de computador, a regra é que a ação penal seja privada, salvo quando ocorrer prejuízo a pessoa jurídica de

³² LAGRECA, R. H.; HEXSEL, A. Concorrência Desleal: Concepções do Processo de Mobilização Estratégica a partir de um Estudo de Caso. **RAC: Revista de Administração Contemporânea**, v. 11, p. 1–15, 2007.

³³ SUTHERLAND, E. H. **Crime de colarinho branco**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Reven, 1983.

³⁴ MACIAS, W. *et al.* Analysis of the Ecuadorian government's proposed methodology of brand valuation: application in agricultural sector brands. **Journal of Agribusiness in Developing and Emerging Economies**, v. 13, n. 2, p. 279–298, 2023.

³⁵ FERREIRA, M. C. Crime transnacional, cooperação e prosperidade. **Relações Internacionais**, p. 81–95, 2013.

³⁶ AMBOS, K. **Direito penal internacional econômico: fundamentos da responsabilidade penal internacional das empresas**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

direito público ou envolver questão tributária, quando será publica incondicionada (art. 12, § 3º, LPC).

Quanto a ação penal por crimes de em crime de violação dos direitos do melhorista da cultivar, embora a legislação seja frágil ao não estabelecer as penas e demais especificações, é possível dizer que a ação penal é publica incondicionada, uma vez que não há previsão diversa, nos termos do art. 37, LPC. Nos crimes de violação de direito do titular de topografia de circuito integrado, a ação penal é privada, exceto quando praticados em prejuízo de entidade pública, conforme art. 54, LPT. Esses crimes, em sua maioria, são classificados como de menor potencial ofensivo, dado que as penas não ultrapassam 2 anos ou multa. Desse modo, o processo será nos termos da Lei dos Juizados Especiais, Lei n.º 9.099/95³⁷, com possibilidade de conciliação, transação penal, e suspensão condicional do processo. Porém, quando se tratar de crimes contra os direitos autorais na forma qualificada, crimes contra a proteção dos programas de computadores e crimes contra a topografia de circuito integrado não é possível classificá-los como de menor potencial ofensivo, pois suas penas máximas ultrapassam 2 anos.

São condutas dolosas, consistentes na vontade livre e consciente de praticar os tipos verbais. Não se admite a culpa. A coisa julgada no processo penal faz coisa julgada na esfera civil quando concluir pela negativa de autoria ou de materialidade³⁸.

3.2. Crimes Contra a Propriedade Industrial

3.2.1. Disposições gerais dos crimes contra a propriedade industrial

Como já dito, os crimes contra a propriedade industrial são crimes de menor potencial ofensivo com ação penal privada, em regra. A legislação dos crimes contra a propriedade industrial estabelece as causas de aumento da pena de detenção nos crimes contra a patente, as marcas e os desenhos industriais, a serem aplicadas na terceira fase da pena, de 1/3 a 1/2 quando o agente é ou foi representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular da patente ou do registro, ou, ainda, do seu licenciado; ou quando a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome, notoriamente conhecida, de certificação ou coletiva (art. 196, LPI).

A pena de multa, prevista para todos os crimes contra a propriedade industrial,

³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 9 maio 2025.

³⁸ FERNANDES, A. D. As Repercussões Da Sentença Judicial no Processo Administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda. **Revista de Direito Brasileira - RDBRAS**, v. 19, n. 8, p. 348–365, 2018.

terá um mínimo de 10 e um máximo de 360 dias-multa, podendo ser aumentada ou reduzida em até 10 vezes segundo as condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida (art. 197, LPI).

Poderão ser apreendidos, de ofício ou a requerimento do interessado, pelas autoridades alfandegárias, no ato de conferência, os produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas ou que apresentem falsa indicação de procedência, conforme se depreende do art. 198, LPI. Nos crimes contra patente que tenha por objeto a invenção de processo, por ocasião da diligência de busca e apreensão, o oficial do juízo deverá ser acompanhado por perito, que verificará, preliminarmente, a existência do ilícito, podendo o juiz ordenar a apreensão de produtos obtidos pelo contrafator com o emprego do processo patenteado (art. 201, LPI).

É vedada a paralisação das atividades exercidas lícitamente quando se tratar de estabelecimentos industriais ou comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, situação em que as diligências preliminares devem se limitar à vistoria e apreensão dos produtos (art. 203, LPI). Nos termos do art. 205, LPI, a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar pode constituir matéria de defesa na ação penal. Porém, a absolvição do réu não importará a nulidade da patente ou do registro, que somente pode ocorrer pela ação competente. Quando o processo revelar informações confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá ser decretado segredo de justiça (art. 206, LPI).

3.2.2. Crimes contra as patentes

Para melhor compreender os crimes contra as patentes, é necessário precisar a definição de patentes e suas modalidades³⁹. Neste sentido, patente pode ser definida como o direito do inventor à exploração exclusiva de sua invenção, isto é, um título jurídico concedido pelo Estado para conferir proteção e exclusividade de exploração ao titular de uma invenção⁴⁰. Seus requisitos para proteção são, em síntese, a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial⁴¹.

Uma vez protegida, então, a patente pode ser objeto de violação. Isso gera a responsabilidade penal, sem prejuízo das outras esferas de responsabilização. Os arts. 183 a 186, LPI, prescrevem os crimes contra as patentes, sejam as invenções ou os modelos de utilidade.

³⁹ WEEZEL, A. Van. El delito de infracción de una patente por equivalencia o por imitación. **Polít. Crim.**, v. 8, n. 15, p. 170–209, 2013.

⁴⁰ LABRUNIE, J. **Direito das Patentes: condições legais de obtenção e nulidades**. 1. ed. Barui/SP: Manole, 2006.

⁴¹ COELHO, F. U. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou

II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patentado; ou

II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patentado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patentado, ou material ou equipamento para realizar um processo patentado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

A doutrina denomina essas condutas criminosas de contrafação. Não confundir com a contrafação dos direitos autorais, que é apenas a reprodução não autorizada. O art. 183, LPI, tipifica as condutas de exploração direta não autorizada da patente. Tal crime se consuma com a fabricação ou o uso do meio ou processo objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular. A pena é de detenção de 3 meses a 1 ano, ou multa.

Segundo o STJ, o crime do art. 183, LPI, é de natureza permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo, e a queixa-crime pode ser oferecida onde os acusados expuseram à venda, ofereceram à venda ou tiveram em estoque, independentemente do local de confecção do material objeto da contrafação⁴². A competência

⁴² STJ. CC nº 166097/PR. Brasília: STJ, 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1>

territorial pode ser, ainda, definida pelo critério da prevenção.

O art. 184, LPI, por sua vez, tipifica as condutas de comercialização do objeto patenteado, por meio da exportação, importação ou venda. Tal crime se consuma com a exportação, venda, exposição ou oferecimento à venda, estoque, ocultação ou recebimento, para utilização com fins econômicos, de produtos fabricados com violação de patente ou obtidos por meio ou processo patenteado, bem como com a importação para esses fins. Sua pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa. Em situações em que o agente fabrica o produto objeto de patente (art. 183, I, LPI) e coloca à venda (art. 184, I, LPI), responderá somente pela fabricação, por força do princípio da consunção⁴³.

O crime de fornecimento de componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado está tipificado no art. 185, LPI. Sua consumação ocorre somente com a aplicação final do componente, material ou equipamento induz, necessariamente, à exploração do objeto da patente. A pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa.

Há crime mesmo que a violação não resulte em prejuízo efetivo, basta a comprovação material da fabricação ou do uso do meio ou processo objeto de patente⁴⁴. Aplica-se a esses crimes, portanto, a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Ocorrem tais crimes contra as patentes ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente (art. 186, LPI).

3.2.3. Crimes contra o registro de marca e desenho industrial

Nos termos da LPI, o registro, *stricto sensu*, pode ser da marca ou do desenho industrial. Marca é o sinal distintivo de produto ou serviço visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais (art. 122, LPI). O desenho industrial, por sua vez, é a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto

&b=ACOR&livre=&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&tp=T&processo=166097&classe=conflito+de+compet%EAncia&uf=pr&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=. Acesso em: 9 mai. 2025.

⁴³ STJ. **HABEAS CORPUS Nº 56.097/MG**. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?composnente=ITA&sequencial=928693&num_registro=200600547544&data=20091207&formato=PDF. Acesso em: 7 mai. 2025.

⁴⁴ RAMOS, A. L. S. C.; GUTERRES, T. M. **Lei de propriedade industrial comentada**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (art. 95, LPI).

A violação ao direito de exclusividade conferido pelo Estado ao titular de uma marca ou de desenho industrial incorre em crimes. Os arts. 187 a 190, LPI, prescrevem esses crimes.

Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 188. Comete crime contra registro de desenho industrial quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou

II - importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou

II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

O art. 187, LPI, tipifica as condutas de fabricação não autorizada de produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial. Tal crime se consuma com a fabricação do desenho industrial registrado, ou com a sua cópia que possa induzir em erro ou confusão ao consumidor. A pena é de detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa.

O art. 188, LPI, por sua vez, tipifica as condutas de comercialização de objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, por meio da exportação, importação ou venda. Tal crime se consuma com a exportação, venda, exposição ou oferecimento à venda, estoque, ocultação ou recebimento, com fins econômicos, de objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou cópia que possa induzir em erro ou confusão ao consumidor, bem como com a importação para esses fins. Sua pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa.

Quanto às marcas, o art. 189, LPI, tipifica como crime a violação direta do direito marcário, por meio da reprodução, imitação ou alteração sem consentimento do titular. Esse crime se consuma com a reprodução total ou parcial sem autorização, a cópia que possa causar confusão ao consumidor e a modificação da marca em circulação no mercado. A pena é de detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa.

A violação indireta ao direito marcário do titular é tipificado como crime no art. 190, LPI, por meio das condutas de comercialização ilícita de marca de outrem. O crime de comercialização ilícita de marca de outrem é consumado quando o sujeito ativo importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou copiada total ou parcialmente, bem como produto do sujeito ativo em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Em outras palavras, é crime quando o sujeito ativo comercializa como seu, produto de outrem, ou usa a marca de outrem para embalar seus produtos e os comercializar. Sua pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa.

Aqui também ocorrem os crimes mesmo que a violação não resulte em prejuízo efetivo. A Lei dos Juizados Especiais Criminais é aplicável aos crimes contra o desenho industrial e as marcas. As autoridades alfandegárias poderão, de ofício ou por requerimento, apreender os produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas (art. 198, LPI).

3.2.4. Crime cometido por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda

O art. 191, LPI, prescreve os crimes de reprodução ou imitação desautorizada de símbolos oficiais em marca, título de estabelecimento ou sinal de propaganda:

Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome

comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.

Trata-se da conduta de utilizar a marca, nome empresarial, título de estabelecimento, insígnia ou sinal de propaganda para violar símbolos oficiais. Tal crime se consuma com a reprodução, imitação ou uso das armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem autorização, com fins econômicos. Também comete tal crime quem vende, expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas, ou seja, a comercialização. A pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa. O crime se configura mesmo que a violação não resulte em prejuízo efetivo. Diferentemente dos demais crimes previstos na LPI, esse é de ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 199, LPI. No entanto, aplica-se a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

3.2.5. Crimes contra as indicações geográficas

As indicações geográficas são títulos de propriedade industrial em que o Estado reconhece que determinada produto ou serviço provém de determinada região do planeta ou que decorrem de características exclusivas da região indicada⁴⁵.

Esse conceito se desmembra em dois tipos de indicação geográfica, a indicação de procedência e a dominação de origem. Indicação de procedência é o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço (art. 177, LPI). A denominação de origem, por outro lado, é o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos (art. 178, LPI). Os arts. 192 a 194, LPI, prescrevem os crimes contra as indicações geográficas, sejam indicações de procedência ou denominação de origem.

Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa

⁴⁵ D'ALEXANDRIA, M. As indicações geográficas do Mundo para o Brasil: A construção do conceito brasileiro. **Geografia e Ordenamento do Território, Revista Eletrônica - Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território**, n. 20, p. 3–26, 2020. Disponível em: <http://cegot.org>. Acesso em: 20 set. 2025.

indicação geográfica.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

O art. 192, LPI, tipifica as condutas de fabricação e comercialização de produto advindo de falsas indicações geográficas, tanto indicação de procedência como denominação de origem. Tal crime se consuma quando o sujeito ativo fabrica, importa, exporta, vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica. Sua pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa. O crime de usar em rótulo termos retificativos que não representam a verdadeira procedência ou origem está tipificado no art. 193, LPI. Sua consumação ocorre quando o sujeito ativo usa em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como tipo, espécie, gênero, sistema, semelhante, sucedâneo, idêntico, ou equivalente, que não ressalva a verdadeira procedência ou origem do produto. A pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa.

Por fim, o art. 194, LPI, tipifica o uso da marca, do nome comercial, do título de estabelecimento, da insígnia, da expressão ou do sinal de propaganda ou qualquer outra forma para indicar procedência ou origem falsas, bem como a comercialização desses produtos. O mero uso ou a comercialização consuma o crime. A pena é de detenção, de 1 a 3 meses, ou multa.

Nesses casos, há crime mesmo que a violação não resulte em prejuízo efetivo, basta a comprovação material dos verbos dos tipos penais. Também se aplica a esses crimes a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

3.2.6. Crimes de concorrência desleal

A legislação pátria denomina os crimes de concorrência desleal de repressão à concorrência desleal, seguindo a sistemática internacional. A fiscalização e

correção dessa prática é de fundamental significância no processo de gerenciamento empresarial⁴⁶.

Denis Borges Barbosa analisa as intersecções entre os direitos exclusivos da propriedade intelectual e a tutela da concorrência, pois as criações intelectuais têm função para além da simples proteção do investimento empregado para a concessão do título⁴⁷. Pontes Miranda define a concorrência desleal como “ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende a de outrem, no plano da livre-concorrência”⁴⁸. Esses crimes estão no art. 195, LPI, do Título dos Crimes Contra a Propriedade Industrial. Passa-se a analisar a repreensão a concorrência desleal tipificada como crime, a concorrência desleal específica:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

⁴⁶ LAGRECA, R. H.; HEXSEL, A. Concorrência Desleal: Concepções do Processo de Mobilização Estratégica a partir de um Estudo de Caso. **RAC: Revista de Administração Contemporânea**, v. 11, p. 1–15, 2007.

⁴⁷ BARBOSA, D. B. **Tratado de Propriedade Intelectual**: Uma introdução à Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, Doutrina da Concorrência Privada, Direito Internacional da Propriedade Intelectual, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017d. v. Tomo I.

⁴⁸ MIRANDA, F. C. P. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 278.

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

Para Wilson Pinheiro Jabur⁴⁹, as condutas previstas no art. 195, LPI, são agrupadas em cinco categorias, da seguinte forma: (i) atos denegatórios ou tendentes ao descrédito: são os atos de falsa informação, com o fito de obter vantagem tipificados no art. 195, I e II, LPI; (ii) atos confusórios: os atos tendentes a causar confusão entre concorrentes, entre seus estabelecimentos, produtos ou serviços, previstos nas condutas do art. 195, IV, V, VI e VIII, LPI; (iii) atos tendentes ao erro: são os de indicações

⁴⁹ JABUR, W. P. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (org.). **Propriedade Intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 337–386.

ou alegações que levam o consumidor a erro sobre a natureza, fabricação, características, utilização ou quantidade dos produtos ou serviços, elencados nas condutas do art. 195, VII e XIII, LPI; (iv) atos atentatórios à organização do concorrente: são atos desleais em razão da divulgação de *know-how* e outras práticas de espionagem econômica, a divulgação ou exploração de resultados de testes etc., previsto nas condutas do art. 195, IX, X, XI, XII, XIV, LPI; e (v) desvio fraudulento da clientela: atos que empregam meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem, nos termos do art. 195, III, LPI.

Pode-se, ainda, apontar as seguintes características do crime em comento:

- i. Crime comum: qualquer pessoa pode praticar os verbos do tipo penal;
- ii. Crime comissivo: exige ação dos agentes ativos;
- iii. Consumação: exige-se dolo específico para a consumação, podendo ocorrer de forma instantânea ou continuada;
- iv. Doloso: não admite culpa;
- v. Elementos pressupostos do crime: tempo, simultaneidade entre as condutas e as atividades dos agentes passivos; objeto, ocorrência na mesma área de atuação; e mercado, ocorrência no mesmo ambiente geográfico⁵⁰;
- vi. Pena de multa: fixada entre 10 e 360 dias-multa, aumentada ou reduzida, em até 10 vezes, em face das condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida (art. 197, LPI); e
- vii. Ação penal: a ação é penal privada, somente se procede mediante queixa (art. 199, LPI).

Como a pena para todas as condutas tipificadas no art. 195, LPI, é de 3 meses a 1 ano, ou multa, cabem os institutos da Lei dos Juizados Especiais, a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Ressalte-se que a concorrência desleal pode ser configurada pela violação do denominado *trade dress*, definido como o “conjunto de características distintivas de um produto, serviço ou estabelecimento comercial se difundiu pelo mundo, sendo atualmente abordado por renomados doutrinadores de diversos países”⁵¹. Quando for possível enquadrar a violação ao *trade dress* nas condutas do art. 195, estar-se-á diante de um crime de concorrência desleal do tipo *trade dress*.

⁵⁰ RAMOS, A. L. S. C.; GUTERRES, T. M. **Lei de propriedade industrial comentada**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁵¹ XAVIER, V. D. A. As possibilidades de proteção ao *trade dress*. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 2, p. 248–263, 2015. p. 254.

3.2.7. Crimes contra os segredos industriais

Apesar de não haver expressa menção ao segredo industrial na LPI, a doutrina, a jurisprudência e a legislação internacional tratam do tema na seara da propriedade intelectual. O art. 39 do Acordo TRIPS, trata do segredo industrial com o direito de impedir que informações secretas sejam divulgadas, protegendo-as. Os fundamentos jurídicos e comerciais do segredo industrial são os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, expressos no art. 170, IV e V, CF/88.

O núcleo de proteção do segredo industrial ou *know-how* recai sobre os conhecimentos técnicos, a experiência técnica, a aquisição pessoal transmissível e o método de produção⁵². O segredo industrial, portanto, é composto por informações inacessíveis aos concorrentes que representam vantagem competitiva para as empresas. Para que seja reconhecido o segredo industrial é necessário que as informações estejam de alguma forma protegidas do público em geral⁵³.

Por último, além das sanções cíveis em caso de descumprimento do segredo industrial, o Código Penal Brasileiro tipifica o crime de violação do segredo profissional, nos termos art. 154, Código Penal (CP).

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação⁵⁴.

Segundo Luiz Regis Prado, trata-se de um crime doloso, direto ou eventual, consistente na vontade livre e consciente de revelar, sem justa causa, segredo capaz de produzir dano a outrem⁵⁵. Sua consumação se dá com a mera revelação, independentemente da efetiva superveniência do dano, por se tratar de delito de mera conduta.

⁵² BARBOSA, D. B. **Tratado de Propriedade Intelectual: Desenhos Industriais, Cultivares, Segredo Industrial, Contratos de Propriedade Intelectual e de Transferência de Tecnologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b. v. Tomo IV.

⁵³ STJ. **RCD no Agravo em Recurso Especial Nº 441.536/RJ**. Brasília: STJ, 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1598183&num_registro=201303859885&data=20170524&peticao_numero=201700047336&formato=PDF. Acesso em: 7 mai. 2025.

⁵⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

⁵⁵ PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

3.3. Crimes Contra os Direitos Autorais

Os direitos autorais têm matriz internacional, constitucional e legal. Internacionalmente, tiveram a primeira regulação por meio da Convenção de Berna de 1886. A Constituição Federal do Brasil estabelece os direitos autorais no art. 5º, XXVII, XXVIII, *a* e *b*, CF/88. Legalmente, têm previsão na Lei do Direito Autoral (LDA), Lei n.º 9.610/1998, e na Lei do Programa de Computador (LPC), Lei n.º 9.609/1998.

Esses dispositivos dividem os direitos autorais em direitos do autor, direitos conexos e programa de computador. O direito do autor é o rol de direitos morais e patrimoniais conferidos à pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11, LDA), os direitos conexos são “os direitos reconhecidos, no plano do autor, a determinadas categorias de auxiliares na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual”⁵⁶. Os direitos sobre os programas de computadores, por sua vez, conferem proteção ao conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinado⁵⁷.

A repreensão às violações de direito autoral é de cunho civil, penal e até administrativo, de forma independente. A tipificação dessas condutas é de grande relevância social, pois a compreensão contemporânea da propriedade intelectual dos direitos autorais está relacionada ao desenvolvimento social e científicos dos países⁵⁸. A doutrina trata da distinção entre contrafação e plágio, ambas formas de violação que podem ensejar crime. Segundo Leonardo Estevam de Assis Zanini, o plágio é a negação de autoria entre uma pessoa, o plagiador, e outrem, o verdadeiro autor ou conexo, em que aquele se apodera integral ou parcialmente da obra de outra pessoa⁵⁹. Na contrafação, há violação do direito de exclusividade da exploração econômica, com eventual desrespeito aos direitos morais do autor.

⁵⁶ BITTAR, C. A. Direito de Autor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 169.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências, 1998a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

⁵⁸ LEROY, M. H. C. Direito autoral e desenvolvimento social: o nexo correlacional no mundo atual. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP Journal)*, v. 29, n. 2, p. 1–6, 2024.

⁵⁹ ZANINI, L. E. de A. Notas sobre o plágio e a contrafação. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 81, 2017.

3.3.1. Crimes contra os direitos do autor e conexos

A responsabilização penal pressupõe a apuração subjetiva das condutas dos agentes, isto é, a apuração do dolo, direito ou eventual, do violador do direito autoral. O crime de violação de direito autoral está previsto no art. 184, CP, no capítulo dos crimes contra a propriedade intelectual. Porém, o art. 184, CP, é aplicável apenas ao direito do autor e conexos.

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Luiz Regis Prado⁶⁰ elenca as seguintes características do crime de violação dos Direitos Autorais:

⁶⁰ PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

- i. Sujeitos: ativo, qualquer pessoa; e passivo, é o autor, intérpretes, executantes, produtor ou as empresas de radiodifusão;
- ii. Verbo do tipo penal: violar, que significa infringir, ofender ou transgredir os interesses patrimoniais e morais dos titulares;
- iii. Tipo subjetivo: dolo direto ou eventual, necessita da vontade livre e consciente do agente de violar direito autoral;
- iv. Consumação: com a publicação abusiva, independentemente da quantidade de exemplares; com a exposição ao público de obra de arte; ou com a execução ou representação, independentemente de qualquer proveito ou benefício para o agente; e
- v. Tentativa: em tese, é possível.

Quanto à consumação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula 574, nos seguintes termos: para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem⁶¹. Em suma, pode-se classificar o crime contra os direitos do autor e conexo em comum, doloso, de resultado – nas modalidades de distribuição, venda locação, aquisição – ou de mera atividade – nas modalidades de ocultação ou introdução de fonogramas no País; ou no simples oferecimento ao público –, instantâneo ou permanente – nas modalidades de ocultação, depósito ou exposição à venda⁶².

O *caput* do art. 184, CP, traz a forma simples de violação do direito autoral, com pena de detenção de 3 meses a 1 ano, além de multa. O art. 184, § 1º, CP, trata da forma qualificada de reprodução ilegal com pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa. Configura-se quando a violação for feita mediante reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente. O art. 184, § 2º, CP, por sua vez, aborda a forma qualificada de utilização não autorizada com as mesmas penas do § 1º, do mesmo artigo, ou seja, de reclusão de 2 a 4 anos e multa. Comete tal crime quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de

⁶¹ STJ. **Súmula nº 574**. Brasília: STJ, 2016b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_574_575_2016_terceira_secao.pdf. Acesso em: 7 mai. 2025.

⁶² PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

quem os represente. Segundo o STJ, nos termos da súmula 502, “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”⁶³.

A última qualificadora é o oferecimento ao público, art. 184, § 3º, CP, segundo a qual se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente. A pena-base é de reclusão de 2 a 4 anos e multa.

No entanto, não se aplica as qualificadoras acima mencionadas quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, nos termos da LDA, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto (art. 184, § 4º, CP). Destaca-se que a cópia de apenas um exemplar para uso próprio e sem intenção de obter lucro não se configura violação ao direito autoral. Além disso, também não configura violação as limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48, LDA, já estudados em seção específica deste capítulo. Por fim, o art. 186, CP, estabelece as formas de ação penal para o crime em comento, nos seguintes termos:

- i. Violação simples, art. 184, *caput*, CP: crime de ação penal privada, mediante queixa;
- ii. Violação qualificada pela reprovação ilegal e utilização não autorizada, art. 184, §§1º e 2º, CP: ação penal pública incondicionada; e
- iii. Violação qualificada pelo oferecimento ao público, art. 184, § 3º, CP: ação penal pública condicionada à representação.

Nos crimes cometidos contra entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público: ação penal pública incondicionada.

3.3.2. Crimes contra os programas de computadores

Como já dito, a responsabilização penal pressupõe a apuração subjetiva das condutas dos agentes, isto, é a apuração do dolo, direito ou eventual, do violador do

⁶³ STJ. **Súmula nº 502.** Brasília: STJ, 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+502&operador=E&b=SUMU&tp=T>. Acesso em: 7 mai. 2025.

programa de computador. O crime de violação do direito do autor do programa de computador está tipificado no art. 12, LPC.

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação.

Art. 13. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.

É possível dizer que este crime tem as seguintes características, segundo Gabriel Habib⁶⁴:

- i. Sujeitos: ativo, qualquer pessoa; e passivo, é o autor do programa de computador;
- ii. Verbo do tipo penal: *violar*, que significa infringir, ofender ou transgredir os interesses do autor do programa de computador;
- iii. Tipo subjetivo: dolo direto ou eventual, necessita da vontade livre e consciente do agente de violar do direito do autor do programa de computador;

⁶⁴ HABIB, G. **Leis Penais Especiais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

- iv. Consumação: com qualquer forma de violação, seja pelo uso, publicação abusiva, utilização indevida, comercialização ou outras formas admitidas em direito. É de livre execução; e
- v. Tentativa: em tese, é possível.

Em suma, pode-se classificar o crime em comum, doloso, de resultado (nas modalidades de venda ou aquisição) ou de mera atividade (nas modalidades de ocultação ou introdução no país, ou no simples oferecimento ao público), instantâneo ou permanente (nas modalidades de ocultação, depósito ou exposição à venda).

O *caput* do art. 12, LPC, traz a forma simples de violação do direito do autor do programa de computador, com pena de detenção, de 3 meses a 2 anos, ou de apenas multa. O art. 12, § 1º, LPC, trata da forma qualificada de reprodução ilegal com pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa. Configura-se quando a violação for feita mediante reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente. O art. 12, § 2º, LDA, por sua vez, aborda a forma qualificada de utilização não autorizada com as mesmas penas do § 1º, deste artigo, ou seja, de reclusão de 2 a 4 anos e multa. Incorre em tal crime quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

Quanto à ação penal, o art. 12, § 3º, LPC, traz a regra geral que será processado mediante queixa, por ação penal privada. Porém, será de ação penal pública incondicionada se o crime for; praticado em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público; ou quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo (art. 12, § 3º, I e II, LPC). Neste último caso, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação (art. 12, § 4º, LPC). A competência para julgar tal crime é, em regra da Justiça Comum Estadual. Entretanto, segundo o Tema n.º 580 do Supremo Tribunal Federal, “compete à Justiça Federal processar e julgar o crime de violação de direito autoral de caráter transnacional”⁶⁵.

Por fim, nos termos do art. 13, LPC, a ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e

⁶⁵ STF. **Tema nº 580**. Brasília: STF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4276656&numeroProcesso=702362&classeProcesso=RE&numeroTema=580>. Acesso em: 7 mai. 2025.

derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando. No entanto, segundo o STJ, isso depende de demonstração da sua efetividade pelo juízo⁶⁶.

Ressalte-se que a venda de CD e DVD falsificados não viola o art. 12, LPC, mas configura o crime do art. 184, CP, violação dos direitos do autor ou conexo. Isso porque os dispositivos tutelam bens jurídicos diversos⁶⁷.

3.4. Direito as Proteções *Sui Generis*

As repreensões às violações à proteção *sui generis* ocorrem na esfera penal em decorrência do descumprimento das normas de exclusividade da cultivar, da topografia de circuito integrado e dos conhecimentos tradicionais.

3.4.1. Crimes contra as cultivares

Tradicionalmente, as repreensões às violações ao direito de propriedade intelectual estão nas esferas cíveis e penais. No entanto, em relação à proteção da cultivar, há uma peculiaridade. Embora o art. 37, LC, estabeleça expressamente que a violação à proteção da cultivar incorre em crime de violação dos direitos do melhorista, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis, Denis Borges Barbosa ensina que “certamente não haverá sanção penal, já pelo resultado das incertezas redacionais, já pelo fato de que tal efeito, querido ou não, não faz boa política legislativa”⁶⁸.

Em resumo, não há tipificação de crime contra a proteção da cultivar, pois a lei de regência apenas se limitou a estabelecer a possibilidade de crime contra os direitos do melhorista, mas não prescreveu as condutas criminosas e nem as respectivas penas.

⁶⁶ STJ. **REsp nº 1278940/STJ**. Brasília: STJ, 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=E&livre=%28%28+%28RESP+%28%271.278.940%27+ou+%271278940%27%29%29+E+%40CDOC%3D%271216533%27>. Acesso em: 7 mai. 2025.

⁶⁷ STJ. **AgRg no REsp 1509904/SP**. Brasília: STJ, 2016a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+1.509.904&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=1.509.904>. Acesso em: 7 mai. 2025.

⁶⁸ BARBOSA, D. B. O objeto e os limites ao Direito sobre cultivares – Doutrina e precedentes correntes. In: BARBOSA, D. B.; WACHOWICZ, M. (org.). **Propriedade intelectual: desenvolvimento na agricultura**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2016. p. 11–84. p. 40. Disponível em: www.gedai.com.br. Acesso em: 20 set. 2025.

3.4.2. Crimes contra a topografia de circuito integrado

A propriedade intelectual da topografia de circuito integrado é a proteção dos denominados *microchip*, ou seja, topografia de circuitos integrados é uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura (art. 26, II, LPT).

Nos termos do art. 54 da Lei de Proteção da Topografia (LPT), comete crime de violação de direito do titular de topografia de circuito integrado quem, sem sua autorização, praticar os atos previstos no art. 36, I a II, LPT, a saber:

- i. Reproduzir a topografia, no todo ou em parte, por qualquer meio, inclusive incorporá-la a um circuito integrado;
- ii. Importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, uma topografia protegida ou um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida; ou
- iii. Importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, um produto que incorpore um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida, somente na medida em que este continue a conter uma reprodução ilícita de uma topografia.

Ressalte que as hipóteses do art. 37, LPT, configuram atipicidade penal.

Se as violações consistirem na reprodução, importação, venda, manutenção em estoque ou distribuição, para fins comerciais, de topografia protegida ou de circuito integrado que a incorpore, o crime será apenado com de detenção, de 1 a 4 anos, e multa (art. 54, § 1º, LPT).

A pena será aumentada de 1/3 a 1/2 se o agente for ou tiver sido representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular do registro ou, ainda, do seu licenciado, ou o agente incorrer em reincidência (art. 54, § 2º, LPT). A causa de aumento da pena deverá ser computada na terceira fase de fixação da pena.

Trata-se de crime doloso, que se consuma com prática da reprodução, importação, venda, manutenção em estoque ou distribuição, para fins comerciais da topografia. Embora não seja um crime de menor potencial ofensivo, é cabível a suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, nos termos do art. 89, da Lei n.º 9.099/1995.

Em regra, a ação penal é privada, que se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, sociedade de

economia mista ou fundação instituída pelo poder público, quando será pública incondicional (art. 54, § 4º, LPT). O prejudicado por ato tipificado como crime, independente da ação penal, poderá impetrar ação para proibir a prática desses atos, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito, cumulada de perdas e danos (art. 54, § 5º, LPT). Aplica-se, no que couber, as normas do Código Penal e Processual Penal.

3.4.3. Crimes contra os conhecimentos tradicionais

A Lei dos Conhecimentos Tradicionais (LCT), Lei n.º 13.123/2015, não estabelece, especificamente, repreensões penais contra as violações dos direitos protetivos dos conhecimentos tradicionais, embora traga a possibilidade de eventualmente existirem, nos termos do art. 27, § 1º, *primeira parte*, LCT, onde cita expressamente que “sem prejuízo das sanções penais e cíveis cabíveis, as infrações administrativas serão punidas com as seguintes sanções ...”⁶⁹.

4. Considerações finais

O presente estudo teve como tema central os crimes contra o direito de propriedade intelectual, entendidos como as condutas tipificadas que atentam contra o direito de exclusividade da exploração econômica, comercial e empresarial dos titulares de um ativo intangível protegido pelos institutos da propriedade intelectual. Por meio da metodologia adotada, foi possível oferecer respostas aceitáveis ao problema posto, alcançar o objetivo traçado e confirmar as hipóteses formuladas.

A legislação brasileira que trata dos crimes contra o direito de propriedade intelectual segue alguns padrões muito bem delineados. O primeiro deles, ainda sem adentrar nas condutas propriamente ditas, a grande maioria dos crimes são consideradas de menor potencial ofensivo, a exceção dos crimes qualificados contra os direitos autorais, inclusive o crime de violação de programa de computador e o crime de violação de direito do titular de topografia de circuito integrado.

Outro padrão seguido refere-se à ação penal, uma vez que quase a totalidade é iniciada mediante queixa, ou seja, ação penal privada. Esse padrão é excepcionado

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015.** (...) dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

nas seguintes situações: ação privada pública incondicionada nos crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda (art. 191, LPI), nos crimes qualificados de violação dos direitos autorais (art. 184, §§ 1º e 2º, CP), nos crimes de violação dos direitos do titular de topografia de circuito integrado de programa de computador quando praticados em prejuízo de entidade pública (art. 54, §, LPT, art. 12, § 3º, I, LPC) e nos crimes violação de programa de computador em decorrência de matéria tributária (art. 12, § 3º, II, LPC); e ação penal pública condicionada à representação nos crimes de violação dos direitos autorais se a violação consistir no oferecimento ao público mediante meio digital (art. 184, § 3º, CP). Todos os crimes são dolosos, consistente na vontade livre e consciente de praticar os tipos verbais, e não se admite a culpa.

O padrão mais marcante é o tipo verbal das condutas incriminadoras, todas elas podem ser compreendidas como sinônimas do verbo “violar”, isto é, os crimes consistem em violar o direito de exclusividade do titular da exploração econômica, comercial e empresarial da propriedade intelectual, seja a exclusividade da patente, da marca, do desenho industrial, da indicação geográfica, do direito do autor, do direito conexo ao autor, do programa de computador ou da topografia de circuito integrado. Isso também pode ser dito dos crimes de concorrência desleal.

A conduta de violação do direito de exclusividade ocorrer por meio de diversos tipos verbais, tais como: fabricar, divulgar, vender, alterar, oferecer reproduzir, publicar, empregar, substituir, importar, exportar, embalar, armazenar, ceder, usar, ter, ocultar, receber, fornecer, dentre outros. Esses verbos também são repetidos como padrões na quase totalidade dos crimes.

Contudo, a legislação falha na repreensão penal contra as violações ao direito de propriedade intelectual da cultivar e dos conhecimentos tradicionais. A legislação que trata da proteção da cultivar se limitou a descrever a consulta criminosa de violação dos direitos do melhorista, sem estabelecer as penas e demais aspectos (art. 37, LC). A legislação dos conhecimentos tradicionais, por sua vez, sequer estabeleceu repreensões penais contra as violações, apenas trouxe a possibilidade de eventualmente existirem (art. 27, § 1º, *primeira parte*, LCT). É necessário estudos futuros para analisar a necessidade de tipificações penais para violações dos conhecimentos tradicionais.

Assim, o presente estudo tem o condão de contribuir para a sociedade e para a academia pelo mérito de sistematizar e identificar as formas de tipificação dos crimes contra os ativos de propriedade intelectual, que são de grande relevância para o desenvolvimento social e científico no País.

Referências

- ACORDO TRIPS. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. Montevideu: WIPO, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 11 maio 2025.
- AMBOS, K. **Direito penal internacional econômico: fundamentos da responsabilidade penal internacional das empresas**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.
- BARBOSA, D. B. O Objeto E Dos Limites Ao Direito Sobre Cultivares – Doutrina E Precedentes Correntes. In: BARBOSA, D. B.; WACHOWICZ, M. (org.). **Propriedade intelectual: desenvolvimento na agricultura**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2016. p. 11–84. p. 40. Disponível em: www.gedai.com.br. Acesso em: 20 set. 2025.
- BARBOSA, D. B. **Tratado de Propriedade Intelectual: Desenhos Industriais, Cultivares, Segredo Industrial, Contratos de Propriedade Intelectual e de Transferência de Tecnologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b. v. Tomo IV.
- . **Tratado de Propriedade Intelectual: Uma Introdução à Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, Doutrina da Concorrência Privada, Direito Internacional da Propriedade Intelectual, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017d. v. Tomo I.
- . **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 165.
- BASSO, M. A tutela Constitucional da Propriedade Intelectual. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 179, p. 39–41, 2008.
- BITTAR, C. A. **Direito de Autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 169.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2025.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2022.
- . **Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007**. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/____/Ato2007-2010/2007/Lei/L11484compilado.htm. Acesso em: 9 set. 2025.
- . **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. (...) dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em: 9 set. 2025.

- . **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 9 mai. 2025.
- . **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 16 set. 2025.
- . **Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997**. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19456.htm. Acesso em: 9 set. 2025.
- . **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências, 1998a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 9 set. 2024.
- . **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, 1998b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 9 set. 2025.
- CARNELUTTI, F. **Metodologia do Direito**. 1. ed. Leme/São Paulo: CL EDIJUR, 2018. p. 19.
- CB. **Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas**. Berna: OMPI, 1886. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/convencao_berna.pdf. Acesso em: 11 maio 2025.
- CERQUEIRA, J. da G. **Tratado da Propriedade Intelectual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forrense, 1946. v. 1, parte I.
- COELHO, F. U. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CUP. **Convenção da União de Paris para proteção da Propriedade Industrial**. Paris: OMPI, 1883. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.
- D'ALEXANDRIA, M. As indicações geográficas do Mundo para o Brasil: A construção do conceito brasileiro. **Geografia e Ordenamento do Território, Revista Eletrônica - Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território**, n. 20, p. 3–26, 2020. Disponível em: <http://cegot.org>. Acesso em: 20 set. 2025.
- FERNANDES, A. D. As Repercussões Da Sentença Judicial No Processo Administrativo E O Novel Entendimento Do STF Alusivo À Pena De Prisão Derivante De Condenação Criminal Em Segunda. **REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA - RDBRAS**, v. 19, n. 8, p. 348–365, 2018.
- FERNANDES, A. Direito penal econômico na sociedade de risco: uma análise crítica da legislação brasileira à luz da Escola de Frankfurt. **Revista de Derecho. Publicacion Arbitrada de la Universidad Catolica del Uruguay**, n. 30, p. 1–25, 2024.
- FERREIRA, M. C. Crime transnacional, cooperação e prosperidade. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS**, p. 81–95, 2013.
- GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- HABIB, G. **Leis Penais Especiais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- JABUR, W. P. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (org.). **Propriedade Intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 337–386.

- LABRUNIE, J. **Direito das Patentes: condições legais de obtenção e nulidades**. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2006.
- LAGRECA, R. H.; HEXSEL, A. Concorrência Desleal: Concepções do Processo de Mobilização Estratégica a partir de um Estudo de Caso. **RAC: Revista de Administração Contemporânea**, v. 11, p. 1–15, 2007.
- LEROY, M. H. C. DIREITO AUTORAL E DESENVOLVIMENTO SOCIAL: O NEXO CORRELACIONAL NO MUNDO ATUAL. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP Journal)**, v. 29, n. 2, p. 1–6, 2024.
- MACIAS, W. *et al.* Analysis of the Ecuadorian government's proposed methodology of brand valuation: application in agricultural sector brands. **Journal of Agribusiness in Developing and Emerging Economies**, v. 13, n. 2, p. 279–298, 2023.
- MATIAS-PEREIRA, J. A gestão do sistema de proteção à propriedade intelectual no Brasil é consistente?. **Revista de Administração Pública**, v. 45, n. 3, p. 567–590, 2011.
- MEZZAROBÀ, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da pesquisa no Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- MIRANDA, F. C. P. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 278.
- MORAIS, R. Direito Autoral e Propriedade Industrial: por um ensino integrado desses dois subsistemas do Direito Intelectual. *In*: CORREIA, A.; CAOUCHO, F. J. (org.). **Direitos da Personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. 1. ed. Barueri: Manole, 2019. p. 343–368.
- OMPI. Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967 e modificada em 28 de setembro de 1979. **Organização Mundial da Propriedade Intelectual**, p. 25, 2002.
- PCT. **Patent Cooperation Treaty ou Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes**. Genebra: WIPO, 1970. Disponível em: <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/docs/texts/pct.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.
- PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RAJ, S. J. M. Branding of green tea leaf: a disruptive innovation for building market competitiveness of small tea growers in North East India. **Journal of Agribusiness in Developing and Emerging Economies**, v. 11, n. 2, p. 88–104, 2021.
- RAMOS, A. L. S. C.; GUTERRES, T. M. **Lei de propriedade industrial comentada**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RAU, R. M. O. B. *et al.* Difusão Da Propriedade Intelectual Nos Ambientes Impulsionadores De Inovação Do Estado De Pernambuco. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, v. 18, n. 3, p. 196–218, 2024.
- SILVA, A. G.; BUENO, M. P.; SOUZA, R. R. Gerenciamento dos ativos de propriedade intelectual nas fases de estruturação das startups. **Revista de Gestão e Secretariado**, v. 14, n. 11, p. 20698–20709, 2023.
- SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- STF. **Tema nº 580**. Brasília: STF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4276656&numeroProcesso=702362&classeProcesso=RE&numeroTema=580>. Acesso em: 7 mai. 2025.
- STJ. **AgRg no REsp 1509904/SP**. Brasília: STJ, 2016a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+1.509.904&b=ACOR&tp=T>

&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=1.509.904. Acesso em: 7 maio 2025.

- . **CC nº 166097/PR**. Brasília: STJ, 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901547782&dt_publicacao=16/06/2020. Acesso em: 9 mai. 2025.
- . **HABEAS CORPUS Nº 56.097/MG**. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=928693&num_registro=200600547544&data=20091207&formato=PDF. Acesso em: 7 mai. 2025.
- . **RCD no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 441.536/RJ**. Brasília: STJ, 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1598183&num_registro=201303859885&data=20170524&peticao_numero=201700047336&formato=PDF. Acesso em: 7 mai. 2025.
- . **RECURSO ESPECIAL Nº 2.152.321/SP**. Brasília: STJ, 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=274269303®istro_numero=202301784351&publicacao_data=20241004. Acesso em: 20 abr. 2025.
- . **REsp nº 1278940/STJ**. Brasília: STJ, 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=E&livre=%28%28+%28RESP+%28%271.278.940%27+ou+%271278940%27%29%29%29%29+E+%40CDOC%3D%271216533%27>. Acesso em: 7 mai. 2025.
- . **Súmula nº 502**. Brasília: STJ, 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+502&operador=E&b=SUMU&tp=T>. Acesso em: 7 maio 2025.
- . **Súmula nº 574**. Brasília: STJ, 2016b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_574_575_2016_terceira_secao.pdf. Acesso em: 7 maio 2025.
- SUTHERLAND, E. H. **Crime De Colarinho Branco**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Reven, 1983.
- VARELLA, M. D. Biodiversidade: o Brasil e o quadro internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, p. 123–141, 1997.
- WEEZEL, A. Van. El delito de infracción de una patente por equivalencia o por imitación. **Polít. Crim.**, v. 8, n. 15, p. 170–209, 2013.
- XAVIER, V. D. A. As possibilidades de proteção ao trade dress. **Direito & Justiça**, v. 41, n. 2, p. 248–263, 2015. p. 254.
- ZANINI, L. E. de A. Notas sobre o plágio e a contrafação. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 81, 2017.

Análise das objeções para a formação da justa causa

An Analysis of Objections to the Evidentiary Basis Required for Criminal Prosecution

Tânia Lobo Muniz 

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora associada da Universidade Estadual de Londrina.

Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes 

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Doutoranda pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

João Gomes Neto 

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal

Resumo: Apesar de entre as teorias da imputação penal baseadas na retórica processual (i.e. sistema jurídico anglo-saxão) e na metodologia por etapas (i.e. sistema jurídico continental) mediarem costumes e práticas processuais diferentes, a garantia da esfera apropriada é comum ao desenvolvimento de ambos os sistemas jurídicos. Com base nesta convergência, conquanto sem deixar de verificar as significativas diferenças de norma, costume e prática, sugere-se uma leitura mais exigente para a formação da justa causa autorizadora do processamento penal, baseada na proposta do modesto moralismo jurídico de A. Duff, condicionada à associação valorativa de elementos concretos constitutivos que revelem “regras substantivas de Direito disfarçadas”, como forma de preservar o significado de contenção atribuído pela leitura humanista à garantia da esfera apropriada.

Palavras-chave: Teorias da imputação; esfera apropriada; elementos concretos; regras substantivas de Direito disfarçadas; leitura humanista.

Abstract: *Although theories of criminal attribution based on procedural rhetoric (i.e., the Anglo-Saxon legal tradition) and on a stepwise methodology (i.e., the continental legal tradition) mediate distinct procedural customs and practices, the guarantee of the proper sphere is common to the development of both legal systems. Building on this convergence, without overlooking the significant differences in norms, customs, and practices, this article proposes a more demanding standard for establishing just cause for criminal prosecution. Drawing on Antony Duff's account of modest legal moralism, the argument is that such a standard should be conditioned on the evaluative association of concrete constitutive elements that reveal "disguised substantive rules of law", as a way of preserving the constraining meaning attributed, from a humanist perspective to the guarantee of the proper sphere.*

Keywords: *imputation theories; appropriate sphere; concrete elements; disguised substantive rules of law; humanistic reading.*

Introdução

Do ponto de vista processual-penal, apesar da notória diferença de costume, norma e prática, seria vantajoso conciliar as exigências metodológicas do sistema anglo-saxão sobre o ônus da produção - incluindo a análise inicial sobre as objeções - com a realidade do sistema continental, para a constituição revogável do fato concreto presumível que alimenta uma denúncia?

Para tanto, convém, logo no início, comparar as diferentes direções impostas pelos conceitos de ação descritiva e ação revogável, respectivamente, aos sistemas jurídicos continental e anglo-saxão.

Uma vez esclarecidas as diferenças resultantes das duas concepções de ação, o cenário se torna propício para analisar a distinção no tratamento das objeções entre a abordagem dualista anglo-saxônica, com base na doutrina e no regimento jurídico dos procuradores britânicos, e a metodologia unificada de formação da culpa, conforme a jurisprudência e doutrina brasileiras.

Por fim, à luz da finalidade comunicativa do Direito Penal no contexto do modesto moralismo jurídico anglo-saxão, propõe-se o critério de identificação de regras disfarçadas que moldam a definição do delito principal, levando em consideração o papel das objeções ao grau das contingências envolvidas, para o exercício da ação penal.

1. Influência da ação revogável para o processo penal

A transformação filosófica envolvendo o significado prático de causalidade acabou por influenciar na maneira com que o Direito passou a conceituar o tema também para os inúmeros desafios que envolvem a teoria da decisão penal.

Com a inclusão conjunta de condições positivas e negativas à constelação de causalidade¹, o sistema anglo-saxónico encontrou no conceito de ação atributiva² uma boa saída para as imperfeições do modelo estático de decisão baseado em diversos conceitos descritivos de ação³.

De tal maneira, a imputação no sistema anglo-saxónico obteve maior fundamentação racional para defender a natureza “revogável”⁴ das atribuições axiológicas (i.e. éticas e jurídicas)⁵ e promover um modelo “fundamentalmente não descritivo”,⁶ que “integra nos elementos constitutivos do crime a dimensão retórica que é essencial à responsabilização penal”⁷.

Por outra perspectiva, a conjunção “a menos que” em qualquer enunciado dos elementos necessários - adoptada pelo sistema anglo-saxão ao sublinhar o carácter revogável da ação - não só favoreceu a noção de caso “prima facie”,⁸ como, principalmente, colocou no centro da avaliação o papel das objeções⁹.

¹ O significado prático de causalidade se abriu à inclusão conjunta de condições positivas e negativas com o conceito de constelação complexa de John Stuart Mill. Até então, a teoria reducionista de Hume, da qual se admitia apenas uma instância de conjunção entre dois objetos contíguos, era prevalecente. MENDES, Paulo Sousa. **Causalidade complexa e prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 125. Também em: WRIGHT, Richard. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review*, n.º 73, pp. 1001-1077, 1988, p. 1019.

² Proposto em HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, pp. 171-194, 1949, “passim”.

³ D’ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for exceptions: a theory of defences and defeasibility in Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, pp. 4-5; 11-12. Também em: MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 32.

⁴ “(L)aw has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word ‘defeasible’...”. HART, *op. cit.*, p. 175. Primeira vez, visto em: MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 31.

⁵ “O conceito (jurídico) é irredutivelmente revogável em carácter e ignorá-lo é deturpá-lo”. HART, *op. cit.*, p. 176. Tradução livre: “The concept is irreducibly defeasible in character and to ignore this is to misrepresent.”

⁶ “(our concept of an action) it is fundamentally not descriptive, but ascriptive in character; and it is a defeasible concept to be defined through exceptions and not by a set of necessary and sufficient conditions whether physical or psychological”. *Ibid.*, p. 189.

⁷ MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 73.

⁸ D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 25; HART, *op. cit.*, pp. 175-176 e 187. Também em: GARDNER, John. In defence of defences. In: GARDNER, John (coord.). **Offences and defences: selected essays in the philosophy of criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press, pp. 77-89, p. 79.

⁹ D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26.

Entre nós (i.e. sistema continental), a idealização iluminista de racionalidade prática universal voltada para qualquer princípio mestre, único ou conjunto para a formação de critérios gerais substantivos¹⁰⁻¹¹ pressupunha um modelo teórico de declaração descritiva,¹²⁻¹³ que não preserva a mesma ampliação do espaço retórico proporcionado pelo conceito revogável¹⁴.

Do ponto de vista prático-processual, tal bifurcação patente na história de ambos sistemas jurídicos implicou na forma como as defesas passaram a ser introduzidas e avaliadas no processo penal, especialmente no que diz respeito à análise das questões que envolvem a distribuição do ônus da prova e a medida da prova¹⁵. Enquanto a leitura ampliada de ação proporcionou ao sistema anglo-saxão a adoção de um “procedimento diacrônico que suscita a intervenção constitutiva do debate por parte de todos os sujeitos processuais”,¹⁶ a perspectiva continental desenvolveu uma leitura unificada, em que as questões substantivas, independente do efeito (i.e. incriminação ou absolvição), desempenham o mesmo papel funcional,¹⁷ não se concentrando tanto nas controvérsias relativas à distribuição dos diferentes ônus da prova¹⁸. Essa paridade funcional deriva da preocupação da doutrina alemã

¹⁰ DUFF, Antony. Towards a modest legal moralism. *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, **Minnesota Legal Studies Research**, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2103317>. Acesso em: 20/09/2023.

¹¹ A exemplo do Positivismo Jurídico Prático que “nega o que é variável, contingente e plural, como arquétipos do conhecimento jurídico”. ÁVILA, Luiz Augusto. **Uma teoria semântica fundada em formalismos lógicos para a análise linguística das regras de predicação e intermediação dos conceitos jurídicos**. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 27.

¹² HART, *op. cit.*, p. 183.

¹³ Sobre os diferentes conceitos de ação descritiva transpostos ao longo da história para o sistema continental: D’ÁVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, v. 54, pp. 135-163, 2014, pp. 147-161.

¹⁴ “Os filósofos franceses sustentavam que todos os problemas são solucionáveis, todos os valores comparáveis, todas as questões passíveis de resolução com uma razão universal.” FLETCHER, George. The storrs lectures: liberals and romantics at war: the problem of collective guilt. **The Yale Law Journal**, vol. 111, n.º 7, pp. 1499-1573, 2002, p. 1505. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/797532>. Acesso em: 24/09/2023. Tradução livre: “The French philosophes held that all problems are soluble, all values comparable, all issues amenable to the solvent of universal reason.”. Também em: MENDES, 2019, p. 74.

¹⁵ DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. **University of Pennsylvania Law Review**, n.º 121, pp. 506-589, 1973, p.564.

¹⁶ MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 74; GARDNER, *op. cit.*, p. 79.

¹⁷ “Um sistema de regras abrangentes que expressam condições necessárias e suficientes para justificar o uso de sanções penais” FLETCHER, *op. cit.*, p. 893. Tradução livre: “a system of comprehensive rules expressing the necessary and sufficient conditions for justifying the use of criminal sanctions”. Também em: D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 230.

¹⁸ A doutrina jurídica alemã até chegou a distinguir por conta própria o ônus da prova subjetivo do objetivo (i.e. primeiro corresponde, mais ou menos, ao fardo da produção, enquanto o segundo, ao da

com a estruturação e a categorização das questões pertinentes à responsabilidade penal¹⁹.

2. Tratamento das objeções

Não obstante a preocupação com a forma de tratamento dos elementos justificantes durante as fases iniciais do desenvolvimento do modelo de decisão alemão,²⁰ o raciocínio lógico sobre o encargo de sua argumentação revelava inconsistências com a metodologia unificada,²¹ de tal forma que a extensão do princípio “*in dubio pro reo*” a todas as questões substantivas (i.e. positivas ou disjuntivas) relacionadas com a culpa criminal se desenvolveu paralelamente ao seu surgimento²²⁻²³.

Como corolário e sob o argumento de que as causas excludentes no processo penal não se equiparam às objeções do processo civil, a teoria alemã prescreveu um ônus estático sobre qualquer elemento do crime,²⁴ revelando-se incapaz de explicar a distinção bipartida intrínseca à retórica processual (i.e. acusação/defesa, P-facto/D-facto, regra/exceção, inculpatória/exculpatória)²⁵.

Para d’Almeida, “a teoria criminal alemã apresenta tensões internas não resolvidas”²⁶ justamente porque as objeções não são do tipo de circunstâncias que podem ser explicadas em termos de “elementos”, apesar dos esforços da doutrina para

persuasão), mas o assunto é tratado com mais profundidade pelo sistema anglo-saxão, que considera as discussões do ônus da prova um princípio regulador da racionalidade dialética. HAHN, Ulrike; OAKSFORD, Mike. The burden of proof and its role in argumentation. **Argumentation**, n.º 21, pp. 39-61, 2007, p. 42.

¹⁹ FLETCHER, *op. cit.*, p. 893.

²⁰ Levando Ernst von Beling a afirmar que a ilicitude não deveria ser reconhecida como um elemento “positivo” na definição de crime, conquanto, em vez disso, a ausência de ilicitude deveria ser considerada como a exclusão da existência de um crime. D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 222.

²¹ *Ibid.*, p. 223.

²² FLETCHER, *op. cit.*, p. 893.

²³ A mesma escola que buscava uma resposta absoluta para as questões envolvendo a prova penal, estendendo o “*in dubio pro reo*” para qualquer elemento substantivo, não poucas vezes suprimia o espaço dedicado à resposta do acusado (i.e. responsabilidade-resposta) para a antecipação da sujeição. Como bem observa MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 45: “von Liszt falava da responsabilidade do criminoso (Al. *Verbrecher*), em vez da do acusado (Al. *Angeklagter*), como se a responsabilidade antecipasse já a condição do condenado”.

²⁴ BELING, Ernst. **Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft**. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1928, pp. 240, 283 e 320.

²⁵ D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 234.

²⁶ *Ibid.*, Tradução livre: “German criminal theory displays the unresolved internal tensions discussed in section 8.1.1.”.

estruturar a responsabilidade criminal em uma abordagem tripartida composta apenas por elementos positivos. Segundo o autor, assim como a declaração da culpa não é em si um “elemento”, “qualquer uma das objeções criminais admissíveis é também um fato ‘constitutivo’ no sentido estrito de que sua apuração é relevante, não instrumentalmente, mas em seus próprios termos”²⁷.

Apesar do modelo alemão fechar-se para as discussões sobre os meios indispensáveis pelos quais o ônus da prova pode ser descarregado provisoriamente,²⁸ o acúmulo de evidências (i.e. ônus da produção) e os padrões de presunção representam concepções correlativas intrínsecas à estrutura da dialética racional²⁹. Por esta razão, ainda que a preocupação do direito probatório se volte para a violação da norma e não propriamente à violação do encargo, a abstenção de discussões sobre a dinâmica retórica insinua a falsa noção de irrevogabilidade dos elementos favoráveis e, conseqüentemente, impede o “amadurecimento”³⁰ das contingências,³¹ além de fomentar a ilusória ideia de que as controvérsias empíricas são decididas de forma justa e irrefutável a partir do momento em que as estruturas de encargo e presunção permanecem incontestáveis³². Por assim compreender, o sistema anglo-saxão adota premissas antípodas ao modelo alemão, considerando a distinção entre “offences” e

²⁷ *Ibid.*, p. 228. Tradução livre: “Any one of the admissible criminal defences is a ‘constitutive’ fact in the strict sense that its ascertainment is relevant, not instrumentally, but in its own terms”.

²⁸ Hoje, por exemplo, sequer encontra-se referência no índice de alguns consagrados manuais alemães sobre a discussão envolvendo o reconhecimento e a influência dos diversos ônus para o desenvolvimento da prova no processo penal. MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 79.

²⁹ As presunções seguem padrões de suficiência para satisfazer o ônus da produção e persuasão que, se invocados, distribuem o ônus tático. BROCKRIEDE, Wayne; EHNINGER, Douglas. The anatomy of a dispute. In: KAULFFELD, Fred; HANSENS, Hans; FREEMAN, James; BERMEJO-LUQUE, Lilian (coords.). **Presumptions and burdens of proof: an anthology of argumentation and the law**. Tuscaloosa: University of Alabama Press, pp. 103-109, 2019, pp. 105-108. Também em: PEREIRA, Rui Soares. Modelos de prova e prova da causalidade. In: BRONZE, Fernando José; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis (coords.). **VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social - Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito**. ATFD e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 447-483, 2016, p. 461; FREEMAN, James; KAUFFELD, Fred. Rhetorical and epistemological perspectives on Rescher’s account of presumption and burden of proof. In: KAULFFELD, Fred; HANSENS, Hans; FREEMAN, James; BERMEJO-LUQUE, Lilian (coords.). **Presumptions and burdens of proof: an anthology of argumentation and the law**. Tuscaloosa: University of Alabama Press, pp. 180-194, 2019, p. 181; WALTON, Douglas. **Burden of proof, presumption and argumentation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, pp. 65-66.; HAHN; OAKSFORD, *op. cit.*, p. 42.

³⁰ Termo utilizado em HART, *op. cit.*, p. 175, para se referir à revogabilidade de um caso “prima facie” e sua relação com o “amadurecimento” de objeções.

³¹ Sobre este assunto: “não escapamos ao pressuposto da variação de contexto (de tempo e de espaço), do contingente, da possibilidade, da regularidade duvidosa, do estabelecimento de prognósticos alternativos que, fundados cientificamente e universalizados, revelam as dificuldades ou os problemas associados à indução”. ÁVILA, *op. cit.*, p. 37.

³² WALTON, *op. cit.*, pp. 142-143.

“defences” substancialmente significativa para o processo retórico, e não apenas como uma questão de conveniência expositiva³³.

Tomando como exemplo o sistema processual-penal brasileiro, no qual quase não se discute a influência do ônus da produção no processo retórico (com exceção de recente julgado³⁴) – ou, pelo menos, as discussões são todas reduzidas ao aforismo positivado no artigo 156, “caput”, do Código de Processo Penal-, amiúde o recebimento da denúncia desconsidera o estado de dúvida (i.e. “a fim de que, em juízo, a prova necessária possa ser produzida”³⁵), uma vez que a denúncia apenas exige a descrição de “indícios suficientes de autoria e materialidade dos crimes imputados”³⁶.

Paradoxalmente, a postergação da análise sobre as objeções é fundamentada em preceitos e princípios constitucionais favoráveis ao acusado, como a proibição do julgamento antecipado e as garantias da ampla defesa e do contraditório³⁷. No entanto, o conteúdo decidido em si (i.e. recebimento da denúncia com base apenas na identificação de elementos positivos) contribui para uma “enxurrada de

³³ DUFF, Antony. **Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law**. Portland: Hart publishing, 2007, p. 228.

³⁴ Vide discussão sobre o prejuízo que a acusação causa ao processo jus racional de determinação fática ao “fechar os olhos às diversas provas que poderia ter produzido” e que poderiam levar à absolvição do réu: “(Q)uando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de agravo em recurso especial**. Agravo em recurso especial n.º 1940381/AL, Relator Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/re-vista/REJ.cgi/ITA?seq=2128246&tipo=0&nreg=202102429156&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20211216&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 08/02/2023. Da “teoria da perda de uma chance probatória”, conteúdo doutrinário elaborado em: ROSA, Alexandre Moraes; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 13, n. 3, Passo Fundo, pp. 455-471, Set-Dez 2017, “passim”.

³⁵ SANTOS, Leandro Galluzzi. As reformas no processo penal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 326.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de recebimento de denúncia**. Ação Penal n.º 954/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 06/10/2021, Corte Especial, Data de Publicação: DJe 15/10/2021 RSTJ vol. 263 p. 25. Também em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de agravo regimental**. Agravo regimental em agravo de recurso especial n.º 1257276/PB, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 07/05/2019, T5 – Quinta turma, Data de Publicação: DJe 16/05/2019.

³⁷ “(...) que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de Habeas Corpus**. Habeas Corpus n.º 491398/RJ, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 19/03/2019, Quinta Turma.

acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa”,³⁸ além de fomentar a inversão do ônus de produção.

Tal inversão do ônus, como é sabido, reduz ou até mesmo suprime o potencial efeito disjuntivo das objeções (i.e. dúvida razoável), sob o pretexto de atender à finalidade utilitarista da pena. A persistência do raciocínio que desconsidera os efeitos das objeções é evidente em trechos como: “a excludente de ilicitude da legítima defesa deve ser cabalmente demonstrada pela Defesa, não bastando, para tanto, meras alegações, sob pena de se coroar a impunidade (...)”;³⁹ “para que se possa reconhecer tais excludentes é imprescindível que aquele que as alega comprove as suas razões sem qualquer sombra de dúvida (...)”;⁴⁰ “na situação concreta dos autos, à luz da prova colacionada, a tese de legítima defesa não é a única que se extrai, não havendo prova inequívoca de que o réu tenha agido para repelir agressão injusta e iminente (...)”;⁴¹ “a legítima defesa só pode ser reconhecida quando comprovada, de forma clara e incontestável, a presença de todos os seus requisitos (...)”;⁴² “para o reconhecimento da legítima defesa, é imprescindível a produção de prova absoluta, incontestável (...)”⁴³.

Em comparação, como bem analisa d’Almeida,⁴⁴ o regimento jurídico dos procuradores britânicos (“Code for Crown Prosecutors”), que considera o papel de destaque dos diversos tipos de ônus da prova, assume a tarefa de realizar um prognóstico realista sobre as perspectivas de condenação, baseado na avaliação objetiva das provas produzidas. Isso inclui o impacto de qualquer defesa e qualquer outra informação que o suspeito tenha

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o Jecrim. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, vol. 29, n. 344, pp. 4-6, jul/2021, p. 5.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 10456030190338001, Rel. Des. Hélcio Valentim, Julgado pela 5ª câmara criminal, em: 28/04/2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1123315946/apelacao-criminal-apr-10456030190338001-oliveira>. Acesso em: 13/06/2022.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 0008192-87.2011.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini. Julgado pela quinta turma, em: 14/04/2014, Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3418187>. Acesso em: 01/04/2025.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Acórdão de recurso em sentido estrito**. Recurso em sentido estrito n.º 0000289- 27.2019.8.06.0000, Rel. Des. Marlúcia de Araújo Bezerra, Julgado pela 3ª câmara criminal, em: 05/11/2019. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777782550/recurso-em-sentido-estrito-rse-2892720198060000-ce-0000289-2720198060000>. Acesso em: 27/03/2025.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 10116130020948001, Rel. Des. Âmalin Aziz Sant’ana. Julgado pela 4ª câmara criminal, em: 16/03/2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845732472/apelacao-criminal-apr-10116130020948001-mg/inteiro-teor-845732527>. Acesso em: 13/06/2022.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 10348130016101001, Rel. Des. Eduardo Brum. Julgado pela quarta câmara criminal, em: 12/08/2015. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220898998/apelacao-criminal-apr-10348130016101001-mg> Acesso em: 14/06/2022.

⁴⁴ D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 245.

apresentado ou nas quais se possa confiar (i.e. ainda que não apresentado pelo suspeito), como condição para o oferecimento da denúncia (i.e. ônus de produção)⁴⁵. Adiante, caso os procuradores decidam que existem provas suficientes para o processamento, devem, segundo o enunciado, avaliar a probabilidade de essas provas serem consideradas (in)admissíveis pelo tribunal, sua importância no conjunto probatório e se há razões para questionar sua fiabilidade ou credibilidade⁴⁶.

Circunscrita a diferença no tratamento dado ao encargo de produção da prova, qual seria, então, a forma de conciliar o rigor metodológico, que inclui a análise criteriosa das objeções já em um primeiro momento (i.e. para o recebimento da denúncia), com o modelo continental?

3. Condição para a constituição revogável do fato concreto presumível

Em outro contexto que não o da aparente discrepância entre o pensamento de von Liszt, marcado pela separação entre antijuridicidade material e a antijuridicidade formal, e a doutrina do bem jurídico de Binding, “para quem o fundamento e a medida dos bens jurídicos eram as normas jurídicas e a antijuridicidade era sempre e só formal”,⁴⁷ a finalidade comunicativa do Direito Penal,⁴⁸ da qual podemos constatar no

⁴⁵ “4.6 Prosecutors must be satisfied that there is sufficient evidence to provide a realistic prospect of conviction against each suspect on each charge. They must consider what the defence case may be, and how it is likely to affect the prospects of conviction. A case which does not pass the evidential stage must not proceed, no matter how serious or sensitive it may be.

4.7 The finding that there is a realistic prospect of conviction is based on the prosecutor’s objective assessment of the evidence, including the impact of any defence and any other information that the suspect has put forward or on which they might rely. It means that an objective, impartial and reasonable jury or bench of magistrates or judge hearing a case alone, properly directed and acting in accordance with the law, is more likely than not to convict the defendant of the charge alleged. This is a different test from the one that the criminal courts themselves must apply. A court may only convict if it is sure that the defendant is guilty.”

⁴⁶ “4.8 When deciding whether there is sufficient evidence to prosecute, prosecutors should ask themselves the following: Prosecutors should consider whether there is any question over the admissibility of certain evidence. In doing so, prosecutors should assess: the likelihood of that evidence being held as inadmissible by the court; and; the importance of that evidence in relation to the evidence as a whole. Prosecutors should consider whether there are any reasons to question the reliability of the evidence, including its accuracy or integrity. Prosecutors should consider whether there are any reasons to doubt the credibility of the evidence.”

⁴⁷ MENDES, Paulo Sousa. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. **Doutor Augusto Silva Dias – In memoriam**. Org. Catarina Abegão Alves et al. Lisboa: AAFDL, pp. 157-181, 2022, p. 119.

⁴⁸ Sobre a finalidade comunicativa do processo penal, ver: GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. **Normative orders working paper**, n.º 2, 2014. Disponível em: <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/34663>. Acesso em: 05/01/2022.

pensamento de Antony Duff, conduz “à defesa de um modesto moralismo jurídico (modest legal moralism)”⁴⁹ que integra as pessoas “num procedimento comunicativo racional e recíproco”⁵⁰, enquanto “instituição que promove condições necessárias ao desenvolvimento autônomo e livre da personalidade humana no quadro de uma sociedade aberta ou comunidade liberal”⁵¹. Esta abordagem estimula a compreensão coletiva sobre a norma de ilicitude “que o tipo concretiza”⁵² como “a especial razão pela qual um certo facto é proibido pelo Direito penal”⁵³.

Baseado nesse raciocínio, o significado de contenção atribuído pela leitura humanista à garantia da esfera apropriada⁵⁴ surge como justificativa para o rigor metodológico na definição das condições em que o agente deve responder processualmente⁵⁵. Em suma, uma vez que a lei criminal se ocupa apenas de ofensas mais graves, que implicam uma reprovabilidade de dimensão pública, seu processamento está condicionado à presunção significativa de culpa e ilicitude revogáveis⁵⁶.

Numa república liberal do tipo em que deveríamos aspirar a viver, o papel distintivo do direito penal é definir as ilegalidades pelas quais seremos publicamente chamados a responder pelos nossos concidadãos e fornecer os mecanismos formais e institucionais através dos quais podemos assim ser chamados⁵⁷.

(GUNTHER, *op. cit.*, 2014, p. 21; HÖRNLE, Tatjana. Pena sem censura de culpabilidade: um apelo por mudanças na teoria do delito. In: STOCO, Tatiana (coord.). **Dois estudos**: teorias da pena e culpabilidade. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 139.

⁴⁹ Desde a criação das leis (i.e. criminalização constituída “nos livros”) “até à criminalização tal como é perseguida pelas autoridades e percebida pelas vítimas ‘nas ruas’ (*‘on the streets’*)”. DUFF, *op. cit.*, 2012, p. 8. Primeira vez, visto em: MENDES, *op. cit.*, 2022, pp. 133-134.

⁵⁰ MENDES, *op. cit.*, 2022, p. 133.

⁵¹ *Ibid.*, p. 127.

⁵² DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, vol I, pp. 09- 54, 1991, p. 40.

⁵³ PALMA, Maria Fernanda. **Direito penal**: teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 4ª ed. Lisboa: almedina, 2019, p. 32.

⁵⁴ Sem ceder ao argumento de eficiência do raciocínio instrumentalista (i.e. se, e apenas se, for provável que esta seja a mais eficiente entre os instrumentos de controle disponíveis para a produção de bens sociais independentemente especificáveis), em que o próprio conceito de “ultima ratio” pode ser transformado em princípio de criminalização, como fruto de condição suficiente, conquanto estruturado pelo seu significado de contenção (i.e. condição necessária) atribuído pela leitura humanista. JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (“ultima ratio”). **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 2, pp. 521-534, 2005. p. 534.

⁵⁵ Além da razão prática bastante óbvia abordada pela doutrina, que é o risco de condenações errôneas, caso os agentes não consigam cumprir o ônus probatório e assim bloquear a transição da exigência de uma resposta.

⁵⁶ DUFF, Antony. **Answering for crime**: responsibility and liability in the criminal law. Portland: Hart publishing, 2007, pp. 231-232. Também em: “Id.”, 2012, p. 14; MENDES, *op. cit.*, 2022, pp. 133-134.

⁵⁷ DUFF, *op. cit.*, 2012, p. 6. Tradução livre: “*In a liberal republic of the kind in which we should aspire*

Se a admissão da ferramenta penal como uma resposta coletiva intrinsecamente apropriada impõe uma exigência categórica, e não meramente instrumental, ao nosso escrutínio, consistente no dever de tornar saliente a reprovabilidade de dimensão pública para a constituição revogável do fato concreto presumível contido na denúncia⁵⁸, por outro lado, o argumento da prevenção de risco - presente na corrente que considera o Direito Penal por suposta capacidade de regência social a despeito da influência teórica para a constituição de uma validade normativa que dê às pessoas o sentido da sua prática⁵⁹ - pode, no máximo, gerar uma suspeita que sirva para justificar uma investigação policial⁶⁰.

Para tanto, não se confunde a característica revogável do fato concreto presumível com a natureza impreterível da presunção significativa de ilicitude, pois ainda que a versão inicial permaneça aberta à medida que a dialética se desenvolva, especialmente com a lapidação do contraditório e da ampla defesa, o ônus de uma resposta posterior só se justifica a partir de uma “contenção evidencialmente suficiente” formada na denúncia,⁶¹ com a medida de prova suficientemente além do equilíbrio, “estritamente derrotadora” (i.e. supressora de dúvidas), para viabilizar o rearranjo pretendido pela acusação⁶².

Nesta concepção, a sujeição penal depende da capacidade de autossustentação do fato concreto presumível ao longo do processo, desde que inicialmente constituído por reprovabilidade de dimensão pública, e não propriamente de sua progressão paulatina⁶³. Essa constituição, por sua vez, não se configura como uma suposição derivada por inferência de um fato comprovado “p” para um facto adicional “q”, mas ela própria é uma regra que opera em favor da definição do delito perquirido⁶⁴.

to live, the distinctive role of the criminal law is to define those wrongs for which we will be publicly called to answer by our fellow citizens, and to provide the formal, institutional mechanisms through which we can thus be called”.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 14-15.

⁵⁹ “O direito não se propõe governar a sociedade, mas constituir uma validade normativa que ao homem dê o sentido da sua prática”. NEVES, António Castanheira. O Direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista. **Revista Faculdade de Direito de Fortaleza**, v. 34, n° 2, pp. 39-76, 2013.

⁶⁰ DUFF, *op. cit.*, 2007, p. 232.

⁶¹ RESCHER, Nicholas. **Dialectics**: a controversy-oriented approach to the theory of knowledge, Albany: State University of New York Press, 1977, pp. 28-30.

⁶² BROCKRIEDE; EHNINGER, *op. cit.*, p. 107.

⁶³ Crítica que também aparece em NEVES, António Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Datilografada por João Abrantes: Coimbra, 1968, pp. 38-39: “no que toca à apreciação da suficiência da prova ou dos indícios, deve observar-se que se não trata de aceitar um grau menor de comprovação, uma mera presunção ou uma probabilidade insegura, antes se impõe também aqui uma comprovação acabada e objetiva, a mesma exigência de prova e de convicção probatória, a mesma exigência de ‘verdade’ requerida pelo julgamento final”.

⁶⁴ DUFF, *op. cit.*, 2007, p. 240.

Por exemplo, a prova inicial de que o agente “intencionalmente enganou a vítima quanto à natureza ou propósito” de um ato sexual que cometeu favorece a conclusão de que a vítima não consentiu com o ato e que o agente não acreditou que ela teria consentido, tornando, portanto, “conclusivamente presumido” o delito contra a dignidade sexual⁶⁵. De fato, tal presunção impõe ao acusado o ônus de refutar ou apresentar provas suficientes contra o fato concreto revogável, a fim de gerar uma dúvida razoável sobre aquilo que naturalmente se presume como conduta principal, autorizando, assim, o seu processamento. Contudo, existem casos em que os argumentos sobre a distribuição do ônus ao acusado são menos persuasivos.

Antony Duff utiliza como exemplo de elementos menos persuasivos a presunção de que um presente dado a um funcionário público por alguém que detém ou busca um contrato com o governo representa uma suposta regra: “dado e recebido de forma corrupta, a menos que seja provado o contrário”. Neste caso, o ônus do agente não pode ser reduzido de persuasivo para probatório, pois esta suspeita não é suficiente para criar uma presunção conclusiva sobre a regra que opera em favor da definição do delito perquirido; são necessários motivos mais fortes para se presumir que alguém tenha praticado corrupção por meio da entrega ou recebimento de algo, antes de exigir que essa pessoa forneça provas para refutar a alegação inicial⁶⁶.

Em contrapartida, para aqueles que veem o Direito Penal como “instituição que deve prevenir a existência social de perigos”,⁶⁷⁻⁶⁸⁻⁶⁹ seria legítimo, em princípio, dado o risco de corrupção, sugerir que o simples fato de funcionários públicos aceitarem presentes daqueles que detém ou buscam contratos públicos seja suficiente para exigir uma resposta em tribunal. A despeito de tal funcionalismo radical, uma leitura humanista que se concentre na mensagem de reprovabilidade de dimensão pública da conduta para a garantia da esfera apropriada, confiando finalidade comunicativa ao Direito Penal, assegura que a correspondência típica ocorre não apenas por incompatibilidade lógico-formal do elemento concreto com a ordem jurídica, mas com a incompatibilidade plena de conteúdo,⁷⁰ de onde se extrai a lesão ou risco de lesão de bens

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 242-243.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 249.

⁶⁷ Tal qual em JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Traduzido por Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018, p. 64. Ao invés de buscar a proteção do desenvolvimento da pessoa humana.

⁶⁸ E, portanto, promove o esvaziamento material dos elementos do tipo (*i.e.* considera o bem jurídico apenas por sua capacidade metodológica de “*ratio legis*”). ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: editora livraria do advogado, 2018, p. 20.

⁶⁹ A despeito de qualquer referente objetivo para a sua definição, cf. MENDES, *op. cit.*, 2022, pp. 119-120, e de sua natureza crítica limitadora à legitimação da pena ROXIN, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁰ PALMA, *op. cit.*, p. 33.

jurídicos “em virtude da suposta ilicitude do agir”⁷¹⁻⁷². Com base nesta leitura, não é razoável exigir que os cidadãos respondam, sob pena de condenação criminal caso não ofereçam uma resposta satisfatória, por algo menos do que uma reprovabilidade de dimensão pública comprovada⁷³.

O fato das regras que operam em favor da definição do delito estarem disfarçadas no conjunto de elementos concretos não implica, necessariamente, que a comprovação da reprovabilidade de dimensão pública para a constituição revogável do fato concreto presumível esteja mais suscetível às interferências de domínios racionais variados, como solução própria que cada racionalidade tem para oferecer aos problemas práticos presentes no mundo jurídico. Em virtude da “autêntica especificação normativa da ordem jurídica”, pressupõe-se a convivência subordinada das variadas racionalidades à “dimensão constitutiva do mundo autônomo do Direito”, a qual assegura, por exemplo, a vigência das normas de inadmissibilidade da prova, das regras do livre convencimento motivado, do critério do ônus probatório, do encargo da argumentação, do direito à contraprova, das regras de experiência do magistrado, dos precedentes e de outros princípios e valores normativos⁷⁴.

Nem mesmo o facto do “jurista toma(r) o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado”⁷⁵ deve afetar a relação de subordinação da prova às definições previamente atribuídas pelo sistema jurídico⁷⁶. Porque a determinação pragmática da causa específica sofre variações de acordo com o “contexto explicativo da inquirição”⁷⁷, a ideia de causalidade dos elementos concretos no domínio da imputação penal está adstrita às regras jurídicas processuais e materiais.

A respeito do método associativo utilizada para a identificação da incompatibilidade plena de conteúdo nos casos complexos, a combinação dos elementos concretos tem condição de tornar uma conclusão causal mais justificada do que se feita por qualquer dos seus componentes isoladamente⁷⁸. Isso ocorre porque a combinação baseada

⁷¹ DUFF, *op. cit.*, 2007, p. 221.

⁷² Isto é: “ilicitude material na dupla dimensão de desvalor da ação e do resultado”. PALMA, *op. cit.*, p. 33.

⁷³ DUFF, *op. cit.*, 2007, p. 232.

⁷⁴ LINHARES, José Manuel Aroso. Evidence (or Proof?) as Law’s gaping wound: a persistent false aporia? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n.º 88, pp. 65-89, 2012, pp. 87-88.

⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: editora vozes, 1999, p. 483.

⁷⁶ Por outra perspectiva: apesar do desafio prático pressupor uma hermenêutica espiritual-científica não tão afastada da hermenêutica jurídica, ainda esta não se coaduna com o conjunto de uma teoria da compreensão, porque ela própria arroga um objetivo dogmático-normativo específico, enquanto aquela não se prende a qualquer liame dogmático. GADAMER, *op. cit.*, pp. 482-483.

⁷⁷ MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 128.

⁷⁸ HAACK, Susan. Provar a causa: o holismo da justificação e o atomismo de Daubert. In: BRITO, Adriano; BARRETO, Vicente (coords.). **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. Traduzido por André de Godoy Vieira e Nélío Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, pp. 282-322, 2015, p. 304.

exclusivamente na condicionalidade lógica direta não necessariamente oferece respostas adequadas para a resolução de problemas complexos⁷⁹. Além disso, ela pode gerar a equivocada sensação de que, caso a relação causal não seja transitiva de forma direta, o nexa causal deixa de ser justificado^{80_81_82}.

Retornando aos dois casos prático-jurídicos ilustrados acima: a regra que opera em favor da definição do crime (i.e. “intencionalmente engana a vítima quanto à natureza ou propósito”) gera uma presunção de incompatibilidade plena de conteúdo (i.e. ilicitude necessária), o que pode, como vimos anteriormente, levar à “constituição revogável do fato concreto”, sendo suficiente para exigir uma resposta do acusado por suposto crime contra a dignidade sexual. Em contrapartida, a simples implicação de elementos físicos (i.e. “presentear funcionário público, ainda que por alguém que detém ou busca um contrato com o governo”) não é suficiente para constituir uma presunção da mesma natureza⁸³.

O processo de associação utilizado nos elementos concretos para identificar as “regras substantivas de Direito disfarçadas”⁸⁴ não está distante do que parte da doutrina continental compreende com o significado de contenção atribuído pela leitura humanista à garantia da esfera apropriada. Se a suposição por condicionalidade direta entre elementos físicos ($p \rightarrow q$) é suficiente para qualquer outra ordem prática - que se assume como qualquer outro regulador social -, a associação de elementos e regras emerge como método adequado para a “resposta específica e autônoma ao problema

⁷⁹ MENDES, *op. cit.*, 2019, pp. 129-132; PEREIRA, *op. cit.*, p. 462.

⁸⁰ COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, Laurie. Counterfactuals and causation: history, problems, and prospects. In: COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, Laurie (coords.). **Causation and counterfactuals**. Massachusetts: MIT Press, pp. 01-58, 2004, p. 40.

⁸¹ No domínio epistemológico, HESS é de opinião que, quando muito (i.e. se os elementos estiverem em coerência com o resto da constelação teórica), se pode contar apenas com uma “aproximação conveniente” entre o fenômeno a ser explicado e as causas à explicação, pois raramente há uma relação lógica dedutiva, estritamente falando (transitiva direta), entre ambos. The explanatory function of metaphor. **Models and analogies in Science**. University of Notre Dame Press, pp. 157-177, 1970, p. 172.

⁸² No domínio da Lógica, um caso prático bastante óbvio é também elucidativo quanto à insuficiência do nexa causal definido apenas pela posição contígua dos elementos concretos: enquanto esquia, fulana cai e quebra o pulso direito. No dia seguinte, ela escreve um artigo de filosofia. Seu pulso direito está quebrado, então ela o escreve com a mão esquerda; o remete para um jornal, que posteriormente o publica. O acidente de fulana, então, seria a causa da publicação do artigo, se nos contentássemos com uma perspectiva fragilizada do nexa causal que estabelece a sucessão direta dos acontecimentos como explicação satisfatória à determinação da causalidade. Apesar da posição contígua entre os elementos concretos (acidente $\rightarrow$ publicação do artigo), a propriedade de ser um bom artigo científico (e não a propriedade de ser escrito com a mão esquerda) é responsável pela sua publicação, de modo que o acidente ocasionando a quebra da mão direita não guarda, evidentemente, qualquer relação de causalidade com o êxito acadêmico. PAUL, Laurie. Aspect causation. In: COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, Laurie. (coords.). **Causation and counterfactuals**. Massachusetts: MIT Press, pp. 205-224, 2004, p. 214.

⁸³ DUFF, *op. cit.*, 2007, pp. 230-232.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 240 e 242.

prático”⁸⁵ que o Direito, enquanto “criação humano-cultural específica”,⁸⁶ deve oferecer. Isso se deve ao caráter distintivo da esfera penal, que não se equipara a mecanismos de controle de comportamento selecionados a partir de um juízo de hipotética eficiência⁸⁷.

Conclusão

Apesar das consideráveis diferenças entre os sistemas jurídicos analisados, acredito que a leitura convergente – que concebe a ferramenta penal como uma resposta intrinsecamente adequada à reprovabilidade de dimensão pública, dotada de exigência categórica (e não meramente instrumental) – justifica a crença na presunção significativa de culpa e ilicitude revogáveis como condição para o processamento penal de qualquer cidadão.

Para identificar essas regras substantivas de Direito disfarçadas, considero essencial levar em conta a capacidade de influência do ônus da produção na retórica processual, o que implica a necessidade de associar, desde o início, o papel das objeções ao grau das contingências envolvidas.

Referências

- ÁVILA, Luiz Augusto. **Uma teoria semântica fundada em formalismos lógicos para a análise linguística das regras de predicação e intermediação dos conceitos jurídicos**. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- BELING, Ernst. **Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft**. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1928.
- BROCKRIEDE, Wayne; EHNINGER, Douglas. The anatomy of a dispute. In: KAULFFELD, Fred; HANSENS, Hans; FREEMAN, James; BERMEJO-LUQUE, Lilian (coords.). **Presumptions and burdens of proof: an anthology of argumentation and the law**. Tuscaloosa: University of Alabama Press, pp. 103-109, 2019.
- COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, Laurie. Counterfactuals and causation: history, problems, and prospects. In: COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, Laurie (coords.). **Causation**

⁸⁵ NEVES, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁶ “Podemos desde já concluir mais: que o direito é uma resposta e uma criação cultural — ou seja, que não temos direito se ele não for humano-culturalmente intencionado e constituído numa exigência de validade prática, numa afinal exigência de direito (...) uma criação cultural que o homem constitui no seu esforço de resolver de certo modo o seu problema prático”. *Ibid.*, *loc cit.*

⁸⁷ DUFF, *op. cit.*, 2012, p. 6.

- and counterfactuals.** Massachusetts: MIT Press, pp. 01-58, 2004.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for exceptions: a theory of defences and defeasibility in Law.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.
- DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. **University of Pennsylvania Law Review**, n.º 121, pp. 506-589, 1973.
- D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, v. 54, pp. 135-163, 2014.
- DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, vol I, pp. 09- 54, 1991.
- DUFF, Antony. **Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law.** Portland: Hart publishing, 2007.
- _____. Answering for crime. **Proceedings of the Aristotelian Society**, vol. 106, pp. 87-113, Ed. Wiley on behalf of The Aristotelian Society, 2006.
- _____. Towards a modest legal moralism. **Criminal Law and Philosophy**, vol. 8, Minnesota Legal Studies Research, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2103317>. Acesso em: 20/09/2023.
- FLETCHER, George. The storrs lectures: liberals and romantics at war: the problem of collective guilt. **The Yale Law Journal**, vol. 111, n.º 7, pp. 1499-1573, 2002. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/797532>. Acesso em: 24/09/2023.
- _____. Two kinds of legal rules: a comparative study of burden-of- persuasion practices in criminal cases. **Yale Law Journal**, n.º77(880), pp. 880-935, 1968. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/242/. Acesso em: 5 jun. 2022.
- FREEMAN, James; KAUFFELD, Fred. Rhetorical and epistemological perspectives on Rescher's account of presumption and burden of proof. In: KAUFFELD, Fred; HANSENS, Hans; FREEMAN, James; BERMEJO-LUQUE, Lilian (coords.). **Presumptions and burdens of proof: an anthology of argumentation and the law.** Tuscaloosa: University of Alabama Press, pp.180-194, 2019.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: editora vozes, 1999.
- GARDNER, John. In defence of defences. In: GARDNER, John (coord.). **Offences and defences: selected essays in the philosophy of criminal law.** Nova Iorque: Oxford University Press, pp. 77-89, 2008.
- GRECO, Luís. Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung. **Rechtswissenschaft**, n.º 11, pp. 29-62, 2020.
- GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. **Normative orders working paper**, n.º 2, 2014. Disponível em: <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/34663>. Acesso em: 05/01/2022.
- HAACK, Susan. Provar a causa: o holismo da justificação e o atomismo de Daubert. In: BRITO, Adriano; BARRETO, Vicente (coords.). **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito.** Traduzido por André de Godoy Vieira e Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, pp. 282-322, 2015.
- HAHN, Ulrike; OAKSFORD, Mike. The burden of proof and its role in argumentation. **Argumentation**, n.º 21, pp. 39-61, 2007.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of**

- the Aristotelian Society**, vol. 49, pp. 171-194, 1949.
- HESS, Mary. The explanatory function of metaphor. **Models and analogies in Science**. University of Notre Dame Press, pp. 157-177, 1970.
- HÖRNLE, Tatjana. Pena sem censura de culpabilidade: um apelo por mudanças na teoria do delito. In: STOCO, Tatiana (coord.). **Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Traduzido por Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.
- JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort ("ultima ratio"). **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 2, pp. 521-534, 2005.
- LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o Jecrim. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, vol. 29, n. 344, pp. 4-6, jul/2021.
- LINHARES, José Manuel Aroso. Evidence (or Proof?) as Law's gaping wound: a persistent false aporia? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n.º 88, pp. 65-89, 2012.
- MENDES, Paulo Sousa. **Causalidade complexa e prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- _____. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. **Doutor Augusto Silva Dias – In memoriam**. Org. Catarina Abegão Alves et al. Lisboa: AAFDL, pp. 157-181, 2022.
- NEVES, António Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Datilografada por João Abrantes: Coimbra, 1968.
- _____. O Direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista. **Revista Faculdade de Direito de Fortaleza**, v. 34, n.º 2, pp. 39-76, 2013.
- PALMA, Maria Fernanda. **Direito penal: teoria geral da infração como teoria da decisão penal**. 4ª ed. Lisboa: almedina, 2019.
- PAUL, Laurie. Aspect causation. In: COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, Laurie. (coords.). **Causation and counterfactuals**. Massachusetts: MIT Press, pp. 205-224, 2004.
- PEREIRA, Rui Soares. Modelos de prova e prova da causalidade. In: BRONZE, Fernando José; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis (coords.). **VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social - Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito**. ATFD e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 447-483, 2016.
- PUFENDORF, Samuel von. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Tradução: William Abbott Oldfather e Thomas Behme. Indianapolis: liberty fund, 2009.
- RESCHER, Nicholas. **Dialectics: a controversy-oriented approach to the theory of knowledge**. Albany: State University of New York Press, 1977.
- ROSA, Alexandre Morais; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 13, n. 3, Passo Fundo, pp. 455-471, Set-Dez 2017.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: editora livraria do advogado, 2018.
- SANTOS, Leandro Galluzzi. As reformas no processo penal. In: MOURA, Maria Thereza

- Rocha de Assis (coord.). **As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008.
- WALTON, Douglas. **Burden of proof, presumption and argumentation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.
- WELZEL, Hans. **Die naturrechtslehre Samuel Pufendorfs**. Berlin: de Gruyter, 1986.
- _____. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. Tradução: Felipe González Vicen. Montevideo: B. de F., 2005.
- WILLIAMS, Glanville. The logic of "exceptions". **Cambridge Law Journal**, vol. 47, n.º 2, pp. 261-295, 1988.
- WRIGHT, Richard. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts. **Iowa Law Review**, n.º 73, pp. 1001-1077, 1988.

Jurisprudência citada

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de recebimento de denúncia**. Ação Penal 954/DF, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 06/10/2021, CE – Corte Especial, Data de Publicação: DJe 15/10/2021 RSTJ vol. 263 p. 25.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de agravo regimental**. Agravo regimental de agravo em recurso especial n.º 1257276/PB, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 07/05/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: DJe 16/05/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de agravo em recurso especial**. Agravo em recurso especial n.º 1940381/AL, Relator Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/web-sectj/cgi/re-vista/REJ.cgi/ITA?seq=2128246&tipo=0&nreg=202102429156&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20211216&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 08/02/2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de Habeas Corpus**. Habeas Corpus n.º 491398/RJ, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 19/03/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: DJe 08/04/2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Acórdão de recurso em sentido estrito**. Recurso em sentido estrito n.º 0000289- 27.2019.8.06.0000, Rel. Des. Marlúcia de Araújo Bezerra, Julgado pela 3ª câmara criminal, em: 05/11/2019. Disponível em: <https://tj-ce.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/777782550/recurso-em-sentido-estrito-rse-2892720198060000-ce-0000289-2720198060000>. Acesso em: 27/03/2025.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 10116130020948001, Rel. Des. Âmalin Aziz Sant'ana. Julgado pela 4ª câmara criminal, em: 16/03/2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845732472/apelacao-criminal-apr-10116130020948001-mg/inteiro-teor-845732527>. Acesso em: 13/06/2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 10348130016101001, Rel. Des. Eduardo Brum. Julgado pela quarta

câmara criminal, em: 12/08/2015. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220898998/apelacao-criminal-apr-10348130016101001-mg>. Acesso em: 14/06/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 10456030190338001, Rel. Des. Hélcio Valentim, Julgado pela 5ª câmara criminal, em: 28/04/2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1123315946/apelacao-criminal-apr-10456030190338001-oliveira>. Acesso em: 13/06/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de recurso de apelação criminal**. Apelação n.º 0008192-87.2011.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini. Julgado pela quinta turma, em: 14/04/2014, Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3418187>. Acesso em: 01/04/2025.

A licitação e as aproximações do Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal Supraindividual

Public procurement and the convergence between Administrative Sanctions Law and Collective Criminal Law

Maíra Mayrink de Castro Garcia Dias 

Mestranda em Direito das Relações Econômicas e Sociais da Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Processual no Instituto de Educação Continuada - PUCMINAS. Especialista em Ciências Criminais pela UCAM/RJ. Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Advogada.

Luciano Santos Lopes 

Graduação, Mestrado e Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDUFMG). Professor Adjunto (graduação e mestrado) da Faculdade de Direito Milton Campos - MG. Pesquisador convidado na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FESMP/RS). Advogado Criminalista.

Resumo: O presente artigo científico investiga a zona de intersecção entre o Direito Administrativo Sancionador (DAS) e o Direito Penal Supraindividual (DPS) no âmbito das contratações públicas brasileiras, tendo como parâmetro normativo a Lei nº 14.133/2021. O objetivo central é analisar como a convergência desses ramos do ius puniendi estatal impacta a segurança jurídica e a proteção de bens coletivos. Para tanto, utiliza-se como marco teórico o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin, especificamente sua Teoria do Bem Jurídico e os critérios da Imputação Objetiva. A metodologia adotada consiste na abordagem hipotético-dedutiva, com procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A investigação demonstra que a licitação transcende o rito procedimental para se configurar como um subsistema de proteção à probidade e à competitividade, bens de natureza supraindividual. Os resultados indicam que existem interfaces e

limites pouco claros entre os dois ramos (administrativo sancionador e penal). Conclui-se que a estrutura punitiva da Nova Lei de Licitações deve ser interpretada de forma coordenada, assegurando que a sanção administrativa não se converta em um pragmatismo punitivo acrítico, mas em um instrumento normativo que interaja com a tutela penal e com esta não se confunda.

Palavras-chave: Licitações Públicas; Direito Administrativo Sancionador; Direito Penal Supraindividual; Claus Roxin; Bens Jurídicos.

Abstract: *This article examines the intersection between Administrative Sanctions Law and Collective Criminal Law in the context of Brazilian public procurement, taking Law No. 14,133/2021 as its normative framework. It aims to analyze how the convergence of these branches of the State's ius puniendi affects legal certainty and the protection of collective interests. The study is grounded in the rational-teleological functionalism of Claus Roxin, particularly his theory of legal interests and the criteria of objective imputation. Methodologically, it adopts a hypothetico-deductive approach based on bibliographic and documentary research. The analysis shows that public procurement transcends a merely procedural function, operating as a subsystem for safeguarding probity and competitiveness, both of which are collective legal interests. The findings point to overlapping areas and unclear boundaries between administrative sanctions law and criminal law. The article concludes that the punitive framework established by the new Public Procurement Law should be interpreted in a coordinated manner, ensuring that administrative sanctions do not devolve into uncritical punitive pragmatism, but instead function as a normative mechanism that interacts with, without conflating itself with, criminal law protection.*

Keywords: *Public Procurement; Administrative Sanctioning Law; Supraindividual Criminal Law; Claus Roxin; Legal Assets.*

1. Introdução

A atividade administrativa contemporânea, especialmente no que tange às contratações públicas, não se esgota na mera gestão de recursos, mas projeta-se como um campo de intensa intervenção do poder punitivo estatal.

Historicamente, a licitação brasileira percorreu sucessivos marcos normativos até consolidar-se como instrumento de organização objetiva e impessoal das contratações públicas. Com o advento da Lei nº 14.133/2021, a estrutura das licitações passou a exigir uma releitura dogmática que harmonize a eficiência administrativa com as garantias fundamentais do administrado.

Nesse cenário, emerge o debate acerca do Direito Administrativo Sancionador (DAS) e sua crescente aproximação com o Direito Penal Supraindividual (DPS), ramos que, embora autônomos, compartilham a finalidade de resguardar valores de titularidade coletiva.

Assim, o problema central deste ensaio reside na porosidade das fronteiras punitivas. O Direito Administrativo Sancionador não pode ser concebido como campo imune a garantias, devendo observar balizas materiais e procedimentais compatíveis com o sistema punitivo estatal.¹

Nesse cenário, o marco teórico adotado oferece os critérios necessários para que a sanção não seja um fim em si mesma, mas uma proteção respeitadora de legitimidade e racionalidade.²⁻³

Quer-se investigar, nesse sentido, as aproximações entre esses dois ramos (DPS e DAS), especialmente na tutela da concorrência. A teoria do bem jurídico, e a conceituação do que se denominou “administrativização da tutela penal” serão ferramentas dessa análise proposta.

O marco teórico eleito é o funcionalismo racional-teleológico. A escolha justifica-se pela necessidade de compreender a norma sancionadora não como um fim em si mesma, mas como um instrumento de proteção a bens jurídicos fundamentais para a coexistência social. No contexto licitatório, a probidade e a competitividade assumem o status de bens supraindividuais que reclamam uma tutela coordenada entre a esfera administrativa e a penal.⁴

¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

² ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

2. Breve retrospecto histórico e a transição de paradigmas nas licitações brasileiras

A compreensão do fenômeno punitivo nas licitações contemporâneas exige o resgate de sua trajetória legislativa, marcada pela transição de um controle meramente formal para uma tutela axiológica de bens jurídicos. Historicamente, o embrião do controle das contratações públicas no Brasil remonta ao Decreto nº 2.926 de 1862, que regulamentava as arrematações para o serviço de estradas de ferro, pautado por um formalismo incipiente. Posteriormente, o Código de Contabilidade da União de 1922 (Decreto nº 4.536/1922) institucionalizou a concorrência pública como regra, embora o foco residisse estritamente na proteção imediata do erário.

A maturidade do sistema licitatório iniciou-se com o Decreto-Lei nº 2.300/1986⁵, que pela primeira vez sistematizou as normas gerais de contratação, servindo de base para a posterior Lei nº 8.666/1993⁶. Esta última, reflexo de um período de redemocratização e moralização administrativa, consolidou a licitação como um dever constitucional (art. 37, XXI, da Constituição Federal⁷). Todavia, a prática sob a égide da Lei nº 8.666/93 caracterizou-se por um “formalismo exacerbado”, onde a sanção administrativa era frequentemente aplicada de forma mecânica, desprovida de uma análise profunda sobre a ofensividade real da conduta ao bem jurídico.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, observa-se uma ruptura paradigmática. A nova legislação não apenas unificou regimes, mas inseriu a gestão de riscos e a governança no cerne do procedimento. No campo sancionador, essa evolução histórica culmina na necessidade de uma hermenêutica funcionalista: a passagem de um modelo punitivo de “desobediência à regra” para um modelo de “proteção ao bem jurídico”. É neste contexto de amadurecimento institucional que a teoria do bem jurídico encontra solo fértil, permitindo que a sanção administrativa seja lida não como um fim em si mesma, mas como uma resposta proporcional à lesão de interesses supraindividuais que a evolução histórica buscou, paulatinamente, resguardar.

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal.**

⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.** Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 37. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

3. Conceito e Natureza Jurídica das Licitações Públicas: Entre o Interesse Público, a Proteção de Bens Jurídicos e a atuação do Direito Administrativo Sancionador (DAS)

A compreensão do instituto da licitação sob a égide da Lei nº 14.133/2021 exige uma análise que transcenda a sua definição como mero rito de seleção de propostas. No Estado Democrático de Direito, a licitação assume a natureza de um procedimento administrativo vinculado, cuja finalidade última é a concretização do interesse público em suas duas dimensões: o interesse público primário (os anseios e necessidades da coletividade) e o interesse público secundário (o interesse patrimonial do ente administrativo enquanto pessoa jurídica).

Sob uma perspectiva funcionalista, a natureza jurídica da licitação ganharia densidade ao ser interpretada como um subsistema de proteção a bens jurídicos supraindividuais. Nessa perspectiva, a função do Direito e, por extensão, do poder punitivo que resguarda as normas é a proteção de condições necessárias para a vida em sociedade. No contexto licitatório, o procedimento deixa de ser um fim em si mesmo (formalismo) para tornar-se o instrumento de salvaguarda da probidade administrativa e da livre concorrência.

Nesse sentido, a distinção entre interesse público primário e secundário revela-se crucial para a atividade sancionadora:

Em chave administrativa, o interesse público primário, no campo licitatório, diz respeito à própria finalidade pública do certame: assegurar uma contratação orientada pela impessoalidade, pela igualdade competitiva e pela obtenção da proposta mais vantajosa. Por isso, quando a Administração pune um licitante por fraude, não tutela apenas o seu patrimônio imediato, mas também as condições institucionais de funcionamento regular do sistema de contratação.

Já o interesse público secundário corresponde ao interesse patrimonial do ente estatal enquanto pessoa jurídica. Embora o patrimônio público possa, em situações específicas, constituir bem juridicamente tutelado, ele não esgota, por si só, a razão de ser da resposta sancionadora nas licitações. Nessa seara, a sanção gravosa reclama demonstração de lesão ou de perigo concreto às condições objetivas de lisura, impessoalidade e competitividade do certame.

A natureza jurídica da licitação é a de um procedimento administrativo vinculado. A licitação é instrumento de concretização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Nessa linha, a indisponibilidade do interesse público não se reduz à defesa do caixa estatal, mas alcança a preservação da finalidade pública do procedimento, da igualdade entre os concorrentes e da confiança

institucional dos administrados.⁸

Assim, qualquer conduta que viole o procedimento licitatório deve ser analisada sob o prisma da ofensividade: houve criação de um risco juridicamente desaprovado à objetividade, à impessoalidade ou à igualdade competitiva do certame? Se a falha for meramente formal e não atingir o interesse público primário, a natureza do instituto repele a incidência de sanções extremas, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

O Direito Administrativo Sancionador (DAS) constitui o conjunto de normas e princípios que fundamentam o poder punitivo do Estado exercido pela Administração Pública. Diferente do Direito Penal, que atua como ultima ratio para as ofensas mais graves aos bens jurídicos, o DAS opera na gestão cotidiana das infrações administrativas, visando a manutenção da ordem jurídica e a eficiência das instituições. Contudo, ambos compartilham a mesma matriz ontológica o ius puniendi único do Estado o que exige que o DAS seja regido por garantias fundamentais adaptadas à sua esfera, como a legalidade, a tipicidade (ainda que com maior flexibilidade que no crime), a culpabilidade e, primordialmente, o devido processo legal.

Dentre os princípios que estruturam o DAS, destacam-se a proporcionalidade e a razoabilidade, que atuam como vetores de contenção do arbítrio estatal. A aplicação de uma sanção administrativa não deve ser um ato puramente mecânico de subsunção do fato à norma, mas um exercício de ponderação que considere a gravidade da conduta, a reprovabilidade do agente e a efetiva lesão ao interesse público. Assim, o Direito Administrativo Sancionador moderno abandona a visão puramente disciplinar e autoritária para se consolidar como um sistema garantista, onde a sanção possui finalidades preventivas e repressivas, sempre pautada pela proteção de valores finalísticos e não apenas formais.⁹

Nesse cenário, a ligação entre o DAS e a tutela da licitação torna-se indissociável: o Direito Administrativo Sancionador é o braço coercitivo que assegura a integridade do certame. Sob a égide da Lei nº 14.133/2021, o DAS não deve ser invocado para punir meras irregularidades procedimentais desprovidas de má-fé ou de prejuízo ao interesse coletivo, visto que a incidência do poder punitivo estatal seja na esfera administrativa ou penal pressupõe a observância do princípio da ofensividade. Dessa forma, a punição só se justifica quando a conduta ultrapassa o plano do descumprimento formal e atinge a substância do bem jurídico tutelado. A função precípua do DAS é, portanto, tutelar a licitação enquanto bem jurídico supraindividual, reprimindo

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

condutas que criem riscos juridicamente desaprovados à objetividade, à igualdade e à competitividade. Por conseguinte, a sanção administrativa na licitação serve como ferramenta de proteção do interesse público primário, garantindo que o subsistema das contratações públicas permaneça hígido e confiável perante a sociedade.

4. O Direito Penal Supraindividual (DPS): conceito, características e a proteção do bem jurídico

O Direito Penal Supraindividual (DPS) pode ser definido como o conjunto de normas voltadas à proteção de bens que transcendem a esfera individual, focando na tutela de valores fundamentais para a coexistência e o funcionamento do sistema social. Enquanto o Direito Penal tradicional, de matriz liberal, concentrava-se especialmente (mas não somente, frise-se) na proteção de valores individuais (primeira geração de direitos fundamentais), o DPS volta-se para os interesses difusos e coletivos, como a ordem econômica, a probidade administrativa entre outros (direitos fundamentais de terceira geração).

Nessa análise aqui apresentada, parte-se da premissa de que a tutela penal da supraindividualidade não constitui um universo completamente apartado da tradição liberal do Direito Penal. Trata-se, antes, de um campo que reelabora categorias clássicas para enfrentar bens jurídicos coletivos e interesses institucionalizados em sociedades reguladas e economicamente complexas.¹⁰⁻¹¹

Desta forma, adota-se para a criminalidade supraindividual o entendimento de que tais delitos compreendem comportamentos que lesionam ou ameaçam lesionar a atuação das instituições no ordenamento vigente. Tais ofensas colocam em risco a própria continuidade da atividade coletiva, razão pela qual o conceito do DPS pode ser obtido a partir da natureza social ou coletiva do bem jurídico protegido.¹²⁻¹³

¹⁰ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

¹¹ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

¹² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA,

Em resumo a tutela penal da supraindividualidade pode ter sua análise iniciada a partir dos seguintes pontos: substitui a proteção de bens jurídicos individuais por aqueles supraindividuais; protege bens que possuem “unidade funcional”, para que existam condições necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo e para o funcionamento do sistema estatal e social; pode ser analisada a partir de um intervencionismo do Estado na economia e em outros setores especialmente regulados, como meio ambiente, sistema financeiro, ordem tributária etc.; esses bens supraindividuais, para que tenham relevância penal, precisam ser considerados direitos fundamentais de terceira geração.¹⁴

Certo é que o conceito do DPS é obtido a partir da análise do objeto da sua norma.

Adiante, a gênese da sistematização do que hoje se denomina Direito Penal Supraindividual remonta ao período da Primeira Guerra Mundial. Foi nesse momento que o Estado se viu obrigado a intervir no mercado, deixando de ser apenas um observador para se tornar um instrumento controlador da vida econômica.¹⁵

Essa transição marcou a passagem do Estado liberal para o Estado social (ou Welfare State), evidenciando a crise do liberalismo clássico. O intervencionismo estatal deu origem a dispositivos constitucionais sobre a ordem econômica e social. Posteriormente, a globalização retira (ou, ao menos, mitiga) o caráter meramente nacional das relações sociais, dando origem a uma criminalidade supranacional e ao crime organizado. Neste sentido:

*A literatura contemporânea do direito penal econômico destaca que a sociedade de riscos amplia a percepção de perigos endógenos produzidos pela própria atividade humana e pelo desenvolvimento tecnológico, deslocando o foco da tutela penal para contextos coletivos e sistêmicos. Essa moldura ajuda a compreender por que a criminalidade supraindividual se apresenta, hoje, vinculada à proteção de estruturas de funcionamento institucional e econômico.*¹⁶

Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹⁵ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

¹⁶ LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99-138.

O Direito Penal Supraindividual apresenta características marcantes que o distinguem da dogmática clássica, sem que isso implique em uma plena autonomia principiológica, em relação à tradição da tutela penal (como antes se sustentou).

Quanto ao bem jurídico protegido nessa denominada tutela penal da supraindividualidade, é preciso admitir uma delimitação (de bem jurídico) que ultrapasse um conceito pessoal de bem jurídico, que se opõe à proteção penal de valores supraindividuais que não se liguem de forma direta às proteções individuais. Pensa-se possível, e necessário admitir algum nível a tutela de valores supraindividuais, mesmo sem uma direta/automática ligação às necessidades individuais. Por evidente, frise-se, esta proteção deve respeito à ofensividade na conduta a ser proibida, mantendo o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal como *ultima ratio*.¹⁷

Sem a pretensão de exaurir a questão, que não é objeto deste ensaio, essas são algumas dessas características: a tutela de bens jurídicos difusos (supraindividuais); um determinado (e, em algumas situações legitimamente contestado) expansionismo da intervenção punitiva; técnica legislativa sintética, com utilização recorrente de normas penais em branco e elementos normativos, que exigem complementação por outros instrumentos jurídicos ou atos administrativos para que o conteúdo típico se complete; e a antecipação recorrente da tutela (crimes de perigo abstrato), que por vezes traz para dentro da intervenção punitiva uma clara, incontestável e ilegítima administrativização do Direito Penal.

5. A estrutura sancionadora e punitiva das licitações: possibilidades e limites que transitam entre o DAS e o DPS

A análise da estrutura punitiva incidente sobre as licitações públicas exige a superação da dicotomia clássica entre o ilícito administrativo e o penal, migrando para uma visão de unidade do *ius puniendi* estatal.

De início, e mesmo não sendo o escopo do presente ensaio, entende-se que se faz necessária a determinação de uma espécie de teoria geral do sistema punitivo. Tratar-se-ia de uma estrutura principiológica, normativa e dogmática que consiga trazer harmonia e coordenação aos diversos mecanismos e estruturas estatais de punição.

No que releva a este texto, os âmbitos administrativos e penal precisam dialogar mais e melhor acerca dos pressupostos mínimos das tutelas pretendidas, das estruturas

¹⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

procedimentais de apuração do ilícito praticado (com a lembrança do respeito às garantias fundamentais dos envolvidos), dos limites de atuação de cada instância e das comunicações de provas produzidas e de resultados alcançados.

Nesse sentido, e a demonstrar que o sistema de justiça tem buscado essa questão específica em suas intervenções punitivas, veja-se recente precedente do Supremo Tribunal Federal (Agravio Regimental 1.428.742/São Paulo, Relator Min. Alexandre de Moraes, e que resultou no Tema 1.260 de repercussão geral¹⁸).

De acordo com a fundamentação utilizada no citado julgamento, e trazendo para este ensaio essa argumentação, verifica-se que realmente há essa comunicabilidade entre instâncias de julgamento, com as tentativas de definição dos limites necessários à evitação do *bis in idem*.

Certo é que o tratamento dado aos atos ilícitos precisa ser coordenado e parametrizado, para que a independência relativa (ou a comunicabilidade limitada, como se preferir denominar) entre as citadas instâncias julgadora não gere desarmonia e desacordo interpretativo. E essa conclusão se fundamenta em uma premissa, que igualmente autoriza (exige) a elaboração dessa (aqui) denominada teoria geral do sistema punitivo: a ilicitude é geral e una em todo o ordenamento jurídico.¹⁹

Em resumo, e aqui já focando no objetivo do presente ensaio, pode-se concluir que há uma relação de envolvimento mútuo entre os ramos jurídicos que organizam a estrutura punitiva das questões licitatórias. Há uma, ainda não muito clara, delimitação de atuação do DPS e do DAS nessas questões concorrenciais.

Sem pretensão de exaurir todas as hipóteses sancionatórias que se aplicam as questões licitatórias, apresentam-se algumas dessas possibilidades, que permeiam o entorno dessa anunciada relação limítrofe entre o DPS e o DAS.

E surge a questão que aqui se releva anunciar, para o argumento que se seguirá: a já mencionada antecipação da tutela penal, com os crimes de perigo abstrato, por vezes ultrapassa o limite autorizado (pela necessária função de proteção de bens jurídicos), e introduz na intervenção penal uma ilegítima administrativização da atuação deste ramo jurídico. Essa constatação fragiliza a relação entre DPS e DAS, por não respeitar limites de atuação das duas estruturas sancionatórias.

Como antes já tratado, o Direito Penal Supraindividual (DPS) tutela a “unidade funcional” do sistema social. Nas licitações, esse bem jurídico é a integridade do sistema concursal. A legitimidade da punição pressupõe a criação de um risco juridicamente

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravio em Recurso Extraordinário n. 1.428.742/SP (Tema 1.260). Relator: Min. Alexandre de Moraes.

¹⁹ LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

desaprovado para esse bem jurídico e a sua aptidão concreta para lesá-lo. No DAS, isso significa que sanções não devem ser aplicadas pelo “descumprimento da regra pela regra”, mas pela efetiva afetação à objetividade, à impessoalidade e à igualdade do certame.²⁰

Neste sentido, as funções administrativas, de igual forma como são tratados os denominados bens jurídico-penais, precisam de conteúdo valorativo para as proibições. Em outras palavras, a exigência de cumprimento dos deveres em relação à Administração Pública não devem se limitar à formalidade típica desprovida de materialidade racional da tutela sancionadora (administrativa) pretendida.

Assim, pode-se sustentar que o artigo 37 da Constituição Federal fornece tal valoração à tutela do DAS, aqui nas licitações especialmente a partir de parâmetros como impessoalidade, objetividade procedimental e eficiência econômica nas relações concorrenciais.²¹

Pode-se, inclusive, argumentar pela viabilidade de transposição de um dos fundamentos do funcionalismo racional-teleológico para o Direito Administrativo Sancionador: algo que se assemelhe à ofensividade penal (que se liga a uma legalidade material, ou racionalidade legitimadora da punição).²²

A ausência de legalidade material nas infrações licitatórias deve trazer como consequência a evitação da deflagração do poder punitivo estatal. Em outras palavras, e levando o argumento para a questão das licitações: não se verificando existência de algo similar ao que no Direito Penal se denomina ofensividade, a tutela sancionadora administrativa pode (e deve) ser evitada.

Mesmo atuando na proteção de “meros comandos estatais”, funcionando mais como um reforço à fiscalização do que como uma resposta a ofensas graves a valores sociais, pensa-se que o DPS ainda pode (e deve) agir com adequação ao que se denomina legalidade material (racionalidade da tutela).

Em outras palavras, e na vigência da Lei nº 14.133/2021²³, em situações marcadas por ínfimo potencial ofensivo como irregularidades meramente formais que não

²⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 37. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

²² ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²³ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

maculem a competitividade ou o resultado econômico da contratação, a aplicação de sanções no DAS revela-se desprovida de tipicidade material e de finalidade preventiva dos valores administrativos ali protegidos.

Na apresentação da 2ª edição de obra dedicada à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assinala-se que a Lei nº 14.133/2021 conserva traços marcadamente burocráticos e formalistas. Essa observação é relevante para o presente ensaio porque evidencia que, mesmo na nova legislação, subsiste o risco de uma leitura sancionatória excessivamente automática, dissociada da finalidade material da contratação pública.²⁴

Lado outro, o DPS somente se legitima a intervir na tutela da concorrência (licitações) quando a necessidade protetiva ultrapassar as possibilidades e finalidades do DAS. Tal questão, seguindo com o argumento, se coloca de forma ainda pouco clara quando a estrutura penal decide atuar em situações com características de tutela administrativizada.

Cria-se uma ausência de clareza nessa zona limítrofe entre um ramo e outro, na prática. Isso, repete-se, porque a “administrativização” do DPS pode ser descrita como um fenômeno em que a estrutura punitiva penal é utilizada como um verdadeiro instrumento de gestão do Estado. Passa, então, a resolver os problemas socioeconômicos e as necessidades de cumprimento de deveres administrativos. Assim, assemelha-se em finalidades ao DAS: fiscalização e regulação de infrações administrativas.

A administrativização do DPS surge da necessidade de proteção ao intervencionismo estatal em uma sociedade de riscos e de elevada complexidade regulatória. Nesse ambiente, a tutela penal tende a expandir-se para garantir a observância de deveres organizacionais e de mecanismos de controle ligados ao funcionamento de setores sensíveis da Administração e da economia.²⁵⁻²⁶

No plano específico da Lei nº 14.133/2021, a literatura recente identifica relevante impacto da nova disciplina sobre o regime jurídico das sanções administrativas, com modernização do sistema sancionatório, tipificação mais nítida das condutas e reforço à segurança jurídica, sem que isso elimine as dificuldades

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 5-6.

²⁵ LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99-138.

²⁶ DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. Infrações e sanções administrativas (art. 155 a 163). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 349-352.

interpretativas relativas à dosimetria e à finalidade material da sanção.²⁷

Em resumo, a tutela penal com esse viés administrativo apresenta as seguintes marcas: proteção de funções, focando na garantia das atividades interventoras e regulatórias do Estado na economia; ampliação do objeto de proteção, abrangendo violações no âmbito do DAS, muitas vezes sem filtrar adequadamente se o objeto de proteção é realmente um bem jurídico digno de tutela penal.

E, para evitar que a administrativização subverta os princípios fundamentais do Direito Penal, é imperativo redescobrir sua dimensão constitucional. A solução reside em filtrar a intervenção punitiva através do princípio da ofensividade.

A tutela de valores supraindividuais só é legítima quando a conduta proibida apresenta uma ofensividade real e pode ser reconduzida à proteção das condições de vida dos indivíduos. O Direito Penal deve proteger bens que possuam “unidade funcional”, ou seja, pressupostos necessários para o funcionamento do sistema social e para a realização dos direitos fundamentais.²⁸

Uma advertência final: a atuação penal em crimes de perigo abstrato até pode ser aceita nesse cenário, com as necessárias ressalvas. Entende-se que é possível, em situações específicas e bem delimitadas, verificar, ex ante (em abstrato) a ofensividade constitucionalmente determinada (de forma implícita) do perigo de ofensa ao bem jurídico supraindividual. Para tanto, deve haver clareza de que a conduta que se quer proibir/ordenar gera perigo (aferível ex ante) de dano, assim verificável com critérios probabilísticos ou científicos.

Não se pode utilizar do princípio da precaução para, sem mensurar o perigo com os critérios antes mencionados, antecipar o Direito Penal como forma de precaver riscos futuros. Essa postura legislativa administrativiza a tutela e não se encaixa no conceito de abstrato. Este (perigo abstrato), mesmo de forma mais complexa, trabalha com algum nível de ofensividade.²⁹

Em resumo a administrativização da tutela penal rompe os limites entre DPS e DAS, devendo ser tida como inconstitucional.

Essa leitura explica por que a coordenação entre instâncias não autoriza

²⁷ DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. Infrações e sanções administrativas (art. 155 a 163). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 349-352.

²⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

superposição irrefletida de respostas punitivas. Se o mesmo núcleo de desvalor já foi suficientemente absorvido por uma sanção administrativa voltada à recomposição da objetividade e da igualdade competitiva do certame, a ulterior incidência penal somente se legitima quando houver excedente de lesividade juridicamente relevante. Sem esse filtro material, a independência entre esferas deixa de funcionar como técnica de repartição de competências e passa a operar como duplicação substancial de reprovação, com potencial comprometimento da segurança jurídica e da estabilidade das relações econômicas.

6. Considerações finais: a síntese funcionalista como garantia de estabilidade jurídica

Com as advertências finais do capítulo anterior, pode-se concluir que a estrutura sancionadora entre o DAS e o DPS, nas licitações não deve ser vista como uma linha divisória rígida, mas como um continuum de intervenção estatal. Isto, porque a racionalidade punitiva impõe que, em ambas as esferas, a sanção seja legitimada pela proteção de um valor delimitado, vedando a punição de condutas meramente formais que não coloquem em risco a finalidade pública da licitação.

A fragmentação do *ius puniendi* estatal em compartimentos estanques Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal Supraindividual não mais subsiste diante da complexidade das relações econômicas e das licitações públicas contemporâneas. A análise das aproximações entre esses ramos, sob a lente funcionalista, revela que ambos compartilham a missão fundamental de proteção de valores indispensáveis à gestão da coisa pública, diferenciando-se menos pela essência da conduta e mais pela gravidade da lesão e pela teleologia da resposta estatal.

A racionalidade do DPS, especialmente por meio da teoria do bem jurídico, oferece um anteparo dogmático essencial para a definição de interfaces e separações em face do DAS.³⁰

A objetividade, a impessoalidade e a igualdade competitiva, enquanto valores tuteláveis no DAS, devem orientar a resposta administrativa. Sem a demonstração de um risco juridicamente desaprovado apto a comprometer o certame, a intervenção punitiva carece de fundamentação ética e jurídica. Ademais, a independência de instâncias, embora consagrada no ordenamento brasileiro, deve ser compreendida em chave material, de modo a evitar a duplicação substancial de reprovação quando já

³⁰ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

houver resposta adequada ao mesmo núcleo de desvalor.

Em conclusão, a aproximação entre o DAS e o DPS somente se legitima quando a imputação do ilícito funciona como filtro material de responsabilização: não basta a posição formal do agente no procedimento licitatório, sendo necessária a demonstração de contribuição juridicamente relevante para a criação ou incremento de risco proibido ao bem jurídico tutelado. Nessa chave, os critérios de imputação objetiva oferecem parâmetro útil para impedir automatismos punitivos e para preservar a coordenação entre as instâncias sem transformar a independência sancionatória em duplicação substancial de reprovação.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- 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. Acesso em: 20 abr. 2026.
- BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2026.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.428.742/SP (Tema 1.260). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 abr. 2026.
- DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. Infrações e sanções administrativas (art. 155 a 163). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 349-366.
- LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99-138.
- LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

- NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Fake News e o Bem Jurídico Penal

Fake news and the criminally protected legal interests

Sidney Duran Gonzalez 

Especialista em Teoria Jurídica do Delito, Mestre em Direito Penal e Doutorando em Direito Penal, todos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Advogado criminalista.

Resumo: A evolução tecnológica que trouxe tantos benefícios às sociedades, estreitando fronteiras e propiciando um rápido desenvolvimento de muitos setores, também passa a trazer problemas. As *fake news* passam a ser um problema mundial, sendo utilizadas para manipular a opinião pública, colocando em descrédito as instituições democráticas e até mesmo a ciência. Os direitos civil e administrativo, acionados para conter as violações perpetradas por meio das notícias falsas, mostram-se inadequados, iniciando-se a formulação de projetos de lei que buscam tipificar penalmente as *fake news*.

Palavras-chave: Evolução Tecnológica; Globalização; Fake News; Tipificação Penal.

Abstract: *Technological developments, while bringing significant benefits to societies by reducing barriers and fostering rapid growth across multiple sectors, have also generated new challenges. Fake news has emerged as a global problem, being used to manipulate public opinion and to undermine trust in democratic institutions and even in science. Civil and administrative law, invoked to address harms caused by false information, have proven insufficient, prompting the development of legislative initiatives aimed at the criminalization of fake news.*

Keywords: *Technological Evolution; Globalization; Fake News; Criminal Typing.*

1 Introdução

A maneira como a informação é transmitida passou por várias transformações nas últimas décadas por conta da evolução tecnológica, que nos apresenta dois mundos; um digital em plena expansão, e outro analógico em retração.

A evolução tecnológica revela, que não se trata apenas de dar acesso a informações disponibilizadas voluntariamente na rede mundial de computadores, e compartilhadas por aqueles que desejam o maior e mais precioso bem comungado, que é a informação, mas esta revolução também abrange a possibilidade coletar e utilizar dados de usuários, e isto na constituição de diversos interesses¹.

Pode-se verificar que a velocidade de gestão dos Estados e a operação das redes e das plataformas digitais são muito desiguais, causando nesses ambientes a sensação de um verdadeiro vácuo de poder estatal onde quem domina é o algoritmo².

Já se vive uma realidade social híbrida com cada vez mais pessoas conectadas, vivendo remotamente o que antes era presencial, usando um espaço pouco regulado, onde a exposição ao algoritmo faz com que cada um de nós deixe um rastro de características, como predileções, que estão sendo utilizadas para traçar perfis psicológicos de usuários e assim direcionar informações³.

O direcionamento de informações tem criado o fenômeno das bolhas sociais com usuários cada vez mais radicais, o que antes pouco encontrávamos, sendo alimentadas por notícias criadas especificamente para esses grupos, que vivem em uma realidade paralela, alimentando e sendo alimentado pelo interesse das grandes corporações tecnológicas que impulsionam conteúdos para serem consumidos por esses grupos conjuntamente a suas campanhas publicitárias.⁴

Com essa dificuldade de atuação estatal para acompanhar o desenvolvimento tecnológico e o acesso à informação, nos deparamos com uma situação nova e de graves efeitos, destruindo-se reputações, influenciando decisões sociais importantes, como determinar o rumo de eleições, e afetando até mesmo a saúde pública. As *fakes news*, - já são por muitos considerada uma epidemia, colocando em situação de risco

¹ CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023.

² ALMEIDA, V.; DONEDA, D. Novas faces do poder no mundo digital. **Academia Brasileira de Ciências**, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.abc.org.br/2017/05/12/novas-faces-do-poder-no-mundo-digital/>. Acesso em: 10 set. 2023.

³ CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁴ MORENO Bobadilla, Ángela, **Fake News, desinformación y otros desordenes informativos**. Madrid: Editora Fragua, 2022.

a confiança nas informações e manipulando a opinião pública⁵.

No Brasil através de várias propostas legislativas de tipificação de notícias falsas, como o PL 3.813/21⁶ e no mundo, como por exemplo a “*Roadmap: Fakenews and online disinformation*” na Europa⁷, buscam formas de impedir que a avalanche de notícias falsas prejudique a sociedade, utilizando-se de sanções na esfera cível e administrativa, bem como aprovando legislações para a regulação das redes, entretanto, verifica-se que as ações até então adotadas não estão sendo capazes de coibir a prática de produzir, divulgar e financiar a produção de notícias falsas.

Em estudo apresentado em 2018 a Consultoria *Gartner* vaticinou que em 2022 a sociedade ocidental consumiria mais notícias falsas do que verdadeiras⁸. Conforme nos apresenta Alonso González, em recente estudo divulgado pela *Pew Research Center*, onde demonstra que na atualidade entre adultos americanos a busca de informações nas redes sociais (20%) ultrapassa a busca de informações na imprensa tradicional (16%), nos chamando a atenção quanto a necessidade regulação sobre esses meios⁹.

Esses dados demonstram que cada vez mais se busca informar-se pelas redes sociais e que a informação disponibilizada por estes meios é em sua maioria falsa, colocando em risco o um dos direitos fundamentais mais importantes em qualquer democracia, trazendo a reflexão sobre a necessidade de atuação do Estado para conter lesão a direito fundamental de receber informação.

É necessária a utilização do direito penal para proteger o bem jurídico informação e conter o avanço das *fake news*?

Diante desse contexto, o presente artigo tem como problema de pesquisa a seguinte indagação: a tipificação penal das *fake news* encontra legitimidade jurídica à luz da teoria do bem jurídico penal? A hipótese central é a de que a informação,

⁵ EPIDEMIA de fake news. **Canal saúde**, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.canalsaude.fiocruz.br/canal/video/Aberto/epidemia-de-fake-news-sdc-0449>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁶ AGÊNCIA SENADO. Desinformação e fake news são entraves no combate à pandemia, aponta debate. **Agência Senado**, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/05/desinformacao-e-fake-news-sao-entruve-no-combate-a-pandemia-aponta-debate>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁷ POLITIZE!, Como países estão tentando se proteger dos efeitos das fake news?. **Politize!**, 27 de jun. 2023. Disponível em: <https://www.politize.com.br/regulamentacao-contra-fake-news/>. Acesso em: 6 de dez. 2023.

⁸ GARTNER. **Top strategic predictions for 2018 and beyond**: From bots and AI to counterfeit reality and fake news, these predictions require IT leaders to pace their adoption. [S. l.], 5 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-strategic-predictions-for-2018-and-beyond>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁹ ALONSO-GONZÁLEZ, Marián. Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. **Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación**, Sevilha, p. 29-52, 1 maio 2019.

enquanto direito fundamental constitucionalmente assegurado, configura-se como bem jurídico penalmente tutelável, legitimando a criminalização das condutas de criar e divulgar notícias falsas.

Para tanto, adota-se o método hipotético-dedutivo, partindo das premissas gerais da teoria do bem jurídico penal e dos fundamentos constitucionais do direito à informação para avaliar a compatibilidade entre a tipificação das *fake news* e os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito ao poder punitivo estatal.

2 O bem jurídico penal – a liberdade de expressão e o direito à informação

A resistência de alguns acerca da possibilidade de responsabilização penal das *fake news* é que se estaria, com a penalização, violando uma garantia constitucional, que seria o direito à livre expressão.

A doutrina e a jurisprudência europeia vêm se posicionando, já há algum tempo, acerca da possibilidade de restrição ao direito de liberdade de expressão, utilizando o direito penal como barreira para impedir a prática de discursos de ódio, por exemplo.

Muitos autores, nesse contexto de penalização dos discursos de ódio, são contrários à ponderação ou à restrição da liberdade de expressão, como assinala Nuñez Castaño¹⁰:

que todo tipo de acto de comunicación o expresión, cualquiera que sea su contenido ofensivo, hiriente, hostil o antidemocrático, forma parte del núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, y frente a ellos no cabe sostener que resultaría legítima su prohibición.

A argumentação trazida pelos autores que defendem a impossibilidade de restrição à liberdade de expressão em razão da prática dos denominados discursos de ódio, se justificaria por duas razões: a primeira seria que a liberdade de expressão, prevista como garantia constitucional, atuaria como uma excludente penal, impedindo qualquer sanção; já a segunda justificativa, que na minha opinião é mais plausível, aponta que o direito penal não foi concebido para punir sentimentos, ou diríamos discursos ou ideias, que não são colocadas no campo das ações concretas violadoras de

¹⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E. **Libertad de expresión y derecho penal**: la criminalización de los discursos extremos. Navarra: Aranzadi, 2022. p. 101.

bem jurídico tutelado.¹¹

No sentido em que tratamos a questão, leciona Gorjón Barranco¹²:

A diferencia de los analizados ataques a sistemas donde sí se exige la concurrencia de alguna de las finalidades del art. 573.1 CP, esto es, cuando esos ataques ponen en peligro o dañan bienes jurídicos de vital importancia para la convivencia política, la tipificación del discurso de odio terrorista no exige tales finalidades al menos en el tipo, por tanto, su castigo supone penalizar actos preparatorios de actos preparatorios, que no deberían formar parte del código penal, más propios quizás de otras ramas del ordenamiento (grifo nosso).

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência espanholas continuam asseverando a necessidade de punir discursos de ódio ponderando entre garantias para, caso a caso, decidir qual será a prevalente na situação concreta, como já se tem feito quando existem conflitos entre liberdade de expressão e a garantia do direito a honra.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente quanto a afastar a utilização da liberdade de expressão como excludente penal quando se verifica abuso do direito, como elucida a questão o brilhante voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “Ao cidadão não é dado o direito de difamar, caluniar, injuriar e destruir a reputação de terceiros, não lhe aproveitando a escusa do exercício absoluto da liberdade de expressão. Quem abusa de um direito comete ato ilícito e por ele responderá”¹³.

Já no Supremo Tribunal Federal, temos em vias de julgamento o Tema 837, que busca definir os

limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica – como os da inviolabilidade da honra e da imagem – e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou

¹¹ GORJÓN BARRANCO, María Concepción. **Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

¹² GORJÓN BARRANCO, María Concepción. **Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.567.988/PR (2015/0292503-2)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/652015789/inteiro-teor-652015811>. Acesso em: 6 dez. 2023. s. p.

o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas¹⁴.

O Tribunal Constitucional da Espanha, já há muito tempo, definiu seu entendimento acerca dos parâmetros a serem estabelecidos na averiguação dos excessos na utilização da garantia constitucional da liberdade de expressão, que, segundo Muñoz Machado¹⁵, no julgamento da *Sentencia 104/1986*, a corte passa a ponderar direitos fundamentais “é a primeira sentença em que concede às liberdades previstas no artigo 20º uma avaliação que transcende que é comum e própria de todos os direitos fundamentais”. Na base jurídica 5 da mencionada sentença, o tribunal utiliza, pela primeira vez, a técnica de ponderação dos direitos:

*en el ejercicio de la libertad de opinión (letra a) del apartado 1 del artículo 20 y/o la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d) el derecho a la honra de alguien sea afectado, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de importancia fundamental, lo que significa no necesariamente y, en cualquier caso, dicha afectación prevalecerá sobre el ejercicio de dichas libertades, no siempre deberán considerarse como prevalentes, pero que se impone una necesaria y casuística ponderación entre una y otra*¹⁶.

Como notamos, já existe jurisprudência consolidada na Espanha acerca da limitação do direito à garantia da liberdade de expressão frente a outras garantias constitucionais. No Brasil, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal já discute, em vias de repercussão geral, os limites da liberdade de expressão. A situação identificada demonstra, na atualidade, uma tendência que tem sido acelerada em razão das novas tecnologias que ampliam a divulgação de discursos que violariam bens jurídicos. A tendência das cortes pelo mundo tem sido na direção de ponderar e limitar quando detectados excessos e violações a direitos.

¹⁴ BRASIL. Senado Federal. **Tema 837**. Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4161468&numeroProcesso=662055&classeProcesso=RE&numeroTema=837>. Acesso em: 6 dez. 2023. s.p.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S. **Liberdade de imprensa e processos por difamação**. Barcelona: Editora Ariel, 1988. p. 175.

¹⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia 104/1986, de 17 de julio, 1986**. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1986/104>. Acesso em: 23 nov. 2023. s. p.

Corroboramos, portanto, com o pensamento externado por Carbonell Mateu:

*el problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión política de prohibir*¹⁷.

Ao nosso ver, no caso relacionado a tipificação dos discursos de ódio, não trata especificamente de tipos penais legítimos que se expandiram ilegitimamente, mas efetivamente que a própria existência de um delito que sancione um discurso, uma opinião ou uma expressão, sem qualquer outra circunstância adicional que permita afirmar a afecção dos direitos de outras pessoas, resulta ou deveria resultar ilegítimo em um Estado democrático¹⁸.

Contudo, feitas estas considerações, entendemos estar em outra direção a análise da proteção constitucional a liberdade de expressão nos casos das *fake news*. Já verificamos que essa garantia constitucional tem encontrado limitações quando exposta a situações como a dos discursos de ódio. Porém, quando se fala em tipificar as *fakes news* existe maior resistência.

Ainda não existe tipo penal que indique punir aquele que divulga ou cria notícias falsas, porém, está em discussão no Senado Federal o Projeto de Lei n. 3.813/2021, de relatoria do senador Alessandro Vieira, que busca criminalizar as *fake news*, tipificando as seguintes condutas:

Criar ou divulgar notícia que sabe ser falsa para distorcer, alterar ou corromper gravemente a verdade sobre tema relacionado à saúde, à segurança, à economia ou a outro interesse público relevante¹⁹.

O projeto de lei, de iniciativa da Comissão Parlamentar de Inquérito da pandemia de coronavírus, busca acrescentar ao Código Penal, no título dos crimes contra a paz pública, o Artigo 288-B, visando penalizar quem cria ou divulga notícia

¹⁷ MATEU, Carbonell, 2018, p. 1416 *apud* NUÑEZ CASTAÑO, E. **Libertad de expresión y derecho penal**: la criminalización de los discursos extremos. Navarra: Aranzadi, 2022. p. 43.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. El discurso del odio y el delito de odio de los arts.510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar. **Juezas y Jueces para la Democracia**, n. 5, p. 18-21, 2018.

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.813, de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para criminalizar a criação e divulgação de notícias falsas (fake news), notadamente em casos envolvendo a saúde pública. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150544>. Acesso em: 6 dez. 2023. s. p.

sabidamente falsa.

O PL n. 3813/21 foi idealizado quando proliferavam, por meio das redes sociais, notícias falsas acerca da pandemia, seus efeitos, formas de conter o contágio, a eficácia das vacinas e muitas situações extremas, que levaram a sociedade a discutir abertamente sobre os limites da liberdade de expressão²⁰.

A tipificação da conduta de criar e divulgar *fake news* é um novo fato jurídico, visto que, mesmo que ainda não tenha sido colocado em votação, o projeto de lei é manifestamente um propulsor para que analisemos a legitimidade da tipificação, e se essa violaria a garantia de liberdade de expressão.

Garcia Arán²¹ nos chama a reflexão:

Cuando se acepta que el derecho penal juegue un papel en la delimitación del contenido y el ejercicio de los derechos fundamentales debe precederse con especial cautela y ello porque —valga insistir una vez más—, el poder punitivo del Estado es un instrumento que, en los tiempos que nos ha tocado vivir, manifiesta una tendencia preocupante a ser utilizado de forma excesiva y por tanto, peligrosa.

Entendo que, na situação específica das *fake news*, a abordagem quanto à legitimação penal da conduta não deveria se dar em análise de adequação à garantia constitucional da liberdade de expressão, traçando limites ou ponderações quanto à existência de conflito de direitos, mas sim, a nosso ver, existe um bem jurídico a ser tutelado, que é violado quando se propagam notícias falsas, que é a informação.

Atribuída à Birnbaum²², a teoria do bem jurídico penal, introduzindo-se ao direito penal a ideia de bem, substituindo, definitivamente, o então vigente conceito de direito subjetivo, nos apresenta a origem do moderno conceito de bem jurídico penal.

A teoria do bem jurídico, após Birnbaum, foi desenvolvida por inúmeros autores, consolidando-se como critério de legitimação e limitação do poder punitivo estatal. Na perspectiva contemporânea, destaca-se a concepção de Roxin²³, para quem os

²⁰ AGÊNCIA SENADO. Desinformação e fake news são entraves no combate à pandemia, aponta debate. **Agência Senado**, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/05/desinformacao-e-fake-news-sao-entreve-no-combate-a-pandemia-aponta-debate>. Acesso em: 6 dez. 2023.

²¹ GARCIA ARÁN, M. Prólogo. In: REBOLLO, V. F. **Aproximación a la jurisprudencia constitucional**: libertad de Expresión e información y límites penales. Barcelona: PPU, 1992. p. 15.

²² BIRNBAUM, J. M. F. Über das erfordermiss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. **Archiv des Criminalrechts (Neue Folge)**, v. 15, p. 149-194, 1834.

²³ ROXIN, C. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.

bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma coexistência humana livre e segura que garanta os direitos fundamentais do indivíduo. Nessa concepção funcional-teleológica, o bem jurídico exerce função crítica e limitadora do legislador, constituindo verdadeiro filtro constitucional das normas incriminadoras.

Especial relevância assume, no presente contexto, a categoria dos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, que transcendem os interesses individuais para abarcar valores cuja proteção interessa à coletividade. Silva Sánchez²⁴ observa que a modernidade criminológica tem sido marcada pela expansão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de natureza difusa, vinculados à sociedade do risco. A *informação* situa-se precisamente nessa categoria: trata-se de um bem que, embora possa repercutir na esfera individual, tem em sua essência uma dimensão coletiva, pois a desinformação em massa afeta a qualidade do debate público, a racionalidade do processo eleitoral e a coesão social.

Hassemer e Muñoz Conde²⁵ alertam para o risco da expansão do direito penal para a tutela de bens jurídicos coletivos demasiado amplos e vagos, o que poderia dar origem ao chamado Direito Penal simbólico — aquele que utiliza a lei penal não para efetivamente proteger bens jurídicos, mas para satisfazer demandas sociais de punição, produzindo efeito meramente declarativo. Essa crítica merece ser enfrentada diretamente: reconhece-se que a tipificação das *fake news* poderia ser interpretada como resposta legislativa simbólica à pressão social gerada pela pandemia, sem real eficácia preventiva. Contudo, entendemos que essa objeção não afasta a legitimidade da tutela penal quando verificados: (i) a existência de bem jurídico definido e ancorado constitucionalmente; (ii) a danosidade social concreta e mensurável da conduta; e (iii) a insuficiência dos demais ramos do direito para conter a lesão. Os três requisitos estão presentes no caso das *fake news*. Cumpre observar ainda os princípios que limitam a intervenção penal: a *ultima ratio*, a fragmentariedade e a subsidiariedade, que exigem a intervenção penal apenas quando as demais esferas do ordenamento se mostrarem insuficientes — o que, como demonstrado, ocorre no presente caso.

Duas objeções adicionais devem ser enfrentadas. A primeira é a dificuldade probatória: como demonstrar que o agente *sabia* que a informação era falsa? O PL n. 3.813/2021 já contempla essa preocupação ao exigir o elemento subjetivo “notícia que *sabe* ser falsa”, limitando a incriminação às condutas dolosas e excluindo a mera negligência informativa. A segunda objeção refere-se ao *chilling effect* — o efeito inibitório que a criminalização poderia gerar sobre o exercício legítimo da liberdade de

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

expressão. Respondemos que, desde que bem delimitado o tipo penal — com exigência de dolo específico e elemento normativo de falsidade objetivamente aferível —, o risco de inibição do discurso legítimo é minimizado, preservando-se o núcleo essencial da garantia constitucional.

Nossa carta constitucional, em consonância com a maioria das cartas constitucionais dos países democráticos, assegura a liberdade de expressão e de informação, sendo a liberdade de expressão definida objetivamente no art. 220 da nossa Constituição como “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma”²⁶.

É certo que, no inciso IV do Art. 5º, a Constituição estabelece como cláusula pétrea a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Todavia, no Título VII, Capítulo V, em que trata efetivamente da comunicação social, explicita os termos da livre expressão, incluindo o direito à informação.

Portanto, como podemos extrair claramente do texto constitucional, a informação é um direito igualmente protegido, e, desse modo, havendo uma garantia constitucional a receber informação, é certo que esta não pode ser violada, pois, se assim for, estaria legitimado o legislador a dispor das ferramentas jurídicas necessárias para proteger esse direito, alinhando-se à teoria do bem jurídico.

A constituição espanhola, em seu artigo 20, igualmente traz a previsão de garantia ao direito de livre expressão, bem como assegura o direito à informação, acrescentando, ainda, que a informação deve ser “verdadeira”: “A comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão”.²⁷

A veracidade acrescentada ao direito à informação pelo legislador na constituição espanhola é, de fato, um alinhamento aos princípios balizadores das normas constitucionais presentes nos países democráticos, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas linhas das valiosas lições do professor I. Berdugo, este nos ensina sobre os valores superiores presentes nas constituições democráticas, sendo impossível defender que a lei maior deixasse espaços para que se justifique a divulgações de notícias falsas²⁸.

A notícia falsa, como seu nome já nos apresenta claramente, é uma distorção

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.

²⁷ ESPANHA. [Constituição (1978)]. *Constitución española*. **Boletín Oficial del Estado**, 2011. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 6 dez. 2023.

²⁸ BERDUGO, I. Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 44, n. 2, p. 339-362, 1991.

da notícia que, de fato, possui amparo também em nossa Constituição Federal. Nesse passo, as *fake news* são, na verdade, uma violação ao direito constitucional de receber informação que é valor supremo descrito constitucionalmente, atraindo os preceitos da teoria constitucional do bem jurídico, já que, ao divulgar uma informação falsa, cria-se uma lesão à própria informação, que entrará em descrédito frente à opinião pública, distorcendo a realidade, não sabendo o cidadão no que acreditar²⁹.

Assim sustentando que, “decorre do caráter limitativo da tutela penal o dever dirigido ao legislador ordinário, de contemplar as diretrizes constitucionais, bem como os valores na Carta inseridos nas ocasiões em que sua tarefa implicar a definição de bens jurídicos”³⁰

Devemos levar em consideração que as *fakes news* não são meras mentiras que visam criar um fato inverídico destinado a apenas um pequeno grupo de receptores. No caso das notícias falsas, existe uma transcendência em sua divulgação, que utiliza plataformas digitais de grande difusão, o que já demonstra que seu objetivo é manipular toda a opinião pública, ou uma grande parte dela, fazendo com que a sociedade passe a viver pautando seus objetivos em fatos inexistentes ou completamente distorcidos, o que demonstra existir nesses casos uma lesão ao bem jurídico informação, o que atrairia a necessidade de tipificação com a utilização do direito penal.

Portanto, existe de fato em nossa Constituição uma garantia a receber informação, o que tem se deteriorado em razão das *fake news*, “*Las fake news están afectando uno de los pilares básicos del derecho fundamental a la información, que es la veracidad*”, não encontrando qualquer amparo em nossa legislação a divulgação de informações falsas, o que de fato é a propagação de desinformação, “*Sin embargo, todas aquellas informaciones que son falsas, no gozan de esta protección jurídica, al provocar desinformación*”³¹.

A livre informação, como já mencionado, tem duplo alcance jurídico, pois, ao mesmo tempo garante o direito de receber informação, cria-se um dever de informar guardando-se os termos dos valores constitucionalmente plasmados. Pela razão de que a informação pode ser por todos utilizada de maneira livre, não comportando qualquer embargo, estaria está condicionada ao dever de manter-se relacionada a fatos verídicos para que assim não se viabilize a possibilidade de distorção da garantia, criando-se fatos desconectados com a realidade, ou pautando a distribuição de informações

²⁹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

³⁰ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

³¹ MORENO Bobadilla, Ángela. **Fake News, desinformación y otros desordenes informativos**. Madrid: Editora Fragua, 2022.

em meros boatos, ou discursos sem qualquer respaldo fático.

3 Conclusão

Com amparo em todas as exposições até aqui traçadas, chegamos à conclusão de que existe possibilidade de que se possa restringir a liberdade de expressão, em defesa do bem jurídico informação. Pontuamos inicialmente a experiência dos países europeus quanto à tipificação penal dos discursos de ódio, ressaltando a jurisprudência espanhola acerca de tais circunstâncias, onde se vê justificada a restrição à liberdade de expressão quando esta se choca com outras garantias, fazendo-se assim um juízo de ponderação entre direitos constitucionalmente garantidos.

A discussão que ocorre na doutrina quanto à tipificação dos discursos de ódio e à impossibilidade do direito penal de punir sentimentos, mesmo amparando, de certa forma, a análise quanto à existência ou não de legitimidade para a tipificação das *fake news*, distancia-se de nossa abordagem, pois, se na visão de grande parte da doutrina seria ilegítimo penalizar condutas que não violam direta e objetivamente um bem jurídico tutelado, no caso das *fake news*, existe, a nosso ver, a violação ao bem jurídico informação, que pauta-se no direito/dever de prestar e receber informação verídica.

Por estes fundamentos, entendemos que o tipo penal que se apresenta no Projeto de Lei n. 3.813/2021, é legítimo e se justifica diante da violação do bem jurídico informação, que é garantido por nossa ordem constitucional, bem como, encontra amparo nos valores constitucionais superiores presentes nos países democráticos, como, a ética, a justiça e a dignidade da pessoa humana.

As principais objeções à tese sustentada — o caráter simbólico da tipificação, a dificuldade probatória e o possível *chilling effect* sobre a liberdade de expressão — foram enfrentadas ao longo do trabalho. Concluiu-se que, verificados os três pressupostos materiais da intervenção penal (bem jurídico constitucionalmente definido, danosidade social concreta e insuficiência das demais esferas do direito) e sendo o tipo penal devidamente delimitado com exigência de dolo específico, tais objeções não afastam a legitimidade da tipificação. A teoria do bem jurídico, em sua dimensão contemporânea, confirma que a *informação* é bem jurídico de natureza coletiva cuja proteção pelo direito penal se impõe como resposta proporcional e necessária diante da gravidade e da escala dos danos causados pelas *fake news* nas democracias contemporâneas.

Todas essas questões, nas linhas das lições de F. Callejón³² legitimam a tipificação penal, demonstrada a necessidade de que violações a bem jurídico protegido sejam contidas, visto as sanções aplicadas até então por outras esferas do direito não têm atingido o objetivo de preservar o bem jurídico, situações que ao nosso ver fortalecem a necessidade de se utilizar, nesse caso, da *ultima ratio* na efetiva e regular proteção de nossa sociedade.³³

Referências

- AGÊNCIA SENADO. Desinformação e fake news são entraves no combate à pandemia, aponta debate. **Agência Senado**, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/05/desinformacao-e-fake-news-sao-entreve-no-combate-a-pandemia-aponta-debate>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- ALMEIDA, V.; DONEDA, D. Novas faces do poder no mundo digital. **Academia Brasileira de Ciências**, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.abc.org.br/2017/05/12/novas-faces-do-poder-no-mundo-digital/>. Acesso em: 10 set. 2023.
- ALONSO-GONZÁLEZ, Marián. Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. **Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación**, Sevilha, p. 29-52, 1 maio 2019.
- ANDRADE, M. C. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- BARROS, G. Marca da era Trump e do Brexit, ‘fake news’ abalaram café do Brasil nos anos 30. **O Globo**, 18 out. 2017. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/marca-da-era-trump-do-brexit-fake-news-abalaram-cafe-do-brasil-nos-anos-30-21761730>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BERDUGO, I. Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 44, n. 2, p. 339-362, 1991.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BIRNBAUM, J. M. F. Über das erfoderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. **Archiv des Criminalrechts** (Neue Folge), v. 15, p. 149-194, 1834.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado Federal, 2016. Disponível em:

³² CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023. p. 168.

³³ CARVALHO, Caroline Monteiro. Fake news e desinformação: o papel do direito na proteção da sociedade. **Conjur**, 8 de jan. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-08/fake-news-e-desinformacao-o-papel-do-direito-na-protecao-da-sociedade/>. Acesso em: 17 jan. 2024.

- https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.813, de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para criminalizar a criação e divulgação de notícias falsas (fake news), notadamente em casos envolvendo a saúde pública. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150544>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. **Tema 837**. Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4161468&numeroProcesso=662055&classeProcesso=RE&numeroTema=837>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.567.988/PR** (2015/0292503-2). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/652015789/in-teiro-teor-652015811>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- CARVALHO, Caroline Monteiro. Fake news e desinformação: o papel do direito na proteção da sociedade. **Conjur**, 8 de jan. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-08/fake-news-e-desinformacao-o-papel-do-direito-na-protacao-da-sociedade/>. Acesso em: 17 jan. 2024.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. El discurso del odio y el delito de odio de los arts.510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar. **Juezas y Jueces para la Democracia**, n. 5, p. 18-21, 2018.
- EPIDEMIA de fake news. **Canal saúde**, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.canal-saude.fiocruz.br/canal/videoAberto/epidemia-de-fake-news-sdc-0449>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- ESPAÑA. [Constituição (1978)]. Constitución española. **Boletín Oficial del Estado**, 2011. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia 104/1986, de 17 de julio, 1986**. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1986/104>. Acesso em: 23 nov. 2023.
- GARCIA ARÁN, M. Prólogo. In: REBOLLO, V. F. **Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de Expresión e información y límites penales**. Barcelona: PPU, 1992.
- GARTNER. **Top strategic predictions for 2018 and beyond: From bots and AI to counterfeit reality and fake news, these predictions require IT leaders to pace their**

- adoption.** [S. l.], 5 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-strategic-predictions-for-2018-and-beyond>. Acesso em: 29 jan. 2024.
- GORJÓN BARRANCO, María Concepción. **Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología.** Valencia: Tirant lo blanch, 2019, p.
- HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- MORENO Bobadilla, Ángela, **Fake News, desinformación y otros desordenes informativos.** Madrid: Editora Fragua, 2022.
- MUÑOZ MACHADO, S. **Liberdade de imprensa e processos por difamação.** Barcelona: Editora Ariel, 1988.
- NUÑEZ CASTAÑO, E. **Libertad de expresión y derecho penal: la criminalización de los discursos extremos.** Navarra: Aranzadi, 2022.
- POLITIZE!, Como países estão tentando se proteger dos efeitos das fake news?. **Politize!**, 27 de jun. 2023. Disponível em: <https://www.politize.com.br/regulamentacao-contra-fake-news/>. Acesso em: 6 de dez. 2023.
- ROXIN, C. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.** 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Violência Psicológica contra a Mulher no Brasil: invisibilidade, impactos e caminhos para a proteção

Psychological Violence Against Women in Brazil: perceptions, impacts, and paths to protection

Joseval Viana 

Doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina do ABC, FMABC, Mestre em Letras pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco, USF, Graduado em Letras pela Universidade Nove de Julho.

Regina Célia da Silva 

Graduada em Farmácia e Bioquímica pela Universidade Estadual da Paraíba, Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestre em Ciências e Saúde pela Universidade Federal do Piauí e Doutora em Biotecnologia pelo programa RENORBIO da Universidade Federal do Piauí.

Resumo: Este artigo analisa a violência psicológica contra a mulher no Brasil, uma problemática que permanece amplamente invisível aos olhos da sociedade, apesar de seus impactos significativos nas vítimas. O objetivo é explorar as causas dessa invisibilidade, os desafios enfrentados pelas vítimas no sistema de justiça e na sociedade, bem como os avanços legislativos e suas limitações. O problema central investigado é a falta de reconhecimento social e institucional dessa forma de violência, que perpetua o ciclo de abuso e dificulta o acesso a soluções efetivas. Com uma abordagem qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e análise documental, o estudo examina legislações como a Lei Maria da Penha e a Lei nº 14.188/21, além de decisões judiciais pertinentes. Conclui-se que, embora progressos tenham sido feitos, como a criminalização da violência psicológica, as vítimas continuam a enfrentar barreiras significativas, incluindo o estigma social e a falta de suporte adequado nas delegacias e no sistema judicial. O artigo destaca a necessidade

de medidas educativas, reforço à legislação e uma maior sensibilização social para promover uma proteção mais efetiva.

Palavras-chave: mulher; violência psicológica; legislação; vítimas; justiça.

Abstract: *This article examines psychological violence against women in Brazil, a form of abuse that remains largely invisible despite its significant impact on victims. It aims to explore the causes of this invisibility, the challenges faced by victims within the justice system and society, as well as recent legislative developments and their limitations. The central issue addressed is the lack of social and institutional recognition of this form of violence, which perpetuates cycles of abuse and hinders access to effective solutions. Adopting a qualitative approach based on bibliographic research and document analysis, the study examines legislation such as the Maria da Penha Law and Law No. 14.188/21, as well as relevant judicial decisions. It concludes that, although progress has been made, such as the criminalization of psychological violence, victims continue to face significant barriers, including social stigma and inadequate support in police stations and the judicial system. The article highlights the need for educational measures, stronger legal frameworks, and greater social awareness in order to promote more effective protection.*

Keywords: *women; psychological violence; legislation; victims; justice.*

1. Introdução

A violência contra as mulheres é um problema grave que afeta um número crescente de vítimas. Na maioria dos casos, os agressores são pessoas próximas com quem as vítimas possuíam relacionamento afetivo, o que torna a situação ainda mais difícil.

Esse tipo de violência traz consequências de diversas naturezas, como físicas, psicológicas, morais e financeiras. Devido à relação de poder do homem sobre a mulher e à dominação que existe no relacionamento afetivo, geralmente o agressor detém, em relação à mulher que ele agride, a força física e o poder econômico, passando a manipulá-la, violá-la e agredi-la psicologicamente, moralmente e fisicamente.

Além disso, há também o problema da espetacularização da violência pela mídia. A violência contra a mulher muitas vezes, é abordada sem qualquer tipo de

cuidado e respeito com as vítimas, o que faz com que muitos crimes sejam retratados de forma muito agressiva. Os noticiários jornalísticos exibem diariamente reportagens sem conter elementos que esclareçam e possibilitem aos telespectadores uma compreensão mais ampla dos casos tratados.

Na atualidade, com o avanço e disseminação em larga escala dos meios de comunicação virtuais, a *Internet* tem se tornado um grande veículo de disseminação de conteúdo que viola a intimidade e vida privada das mulheres.

Trata-se da prática conhecida como “pornografia de vingança”. Em geral, um ex-companheiro se aproveita de imagens ou vídeos da vítima em momentos íntimos, de relação sexual, para compartilhar indevidamente esse material. A motivação em geral é uma vingança em razão do término do relacionamento, e o intuito é ridicularizar a vítima, que sofre com graves efeitos dessa exposição em massa.

Por isso, é importante analisar o papel das Delegacias de Polícia desde o contato inicial com essas vítimas, ao registrar o boletim de ocorrência, até o acompanhamento do caso, investigação e perícia técnica, bem como os instrumentos para frear essa exposição indevida da intimidade das mulheres vítimas.

Essa é uma das modalidades de violência contra a mulher que mais desencadeia um fenômeno muito recorrente: a violência psicológica, em razão da exposição íntima das vítimas. Além disso, há também diversas formas de chantagem emocional e pressão sobre as mulheres que se configuram como violência psicológica. Em razão do aumento cada vez maior de denúncias de casos como esses é que foi impulsionada a tipificação específica dessa modalidade na legislação penal, o que será o objeto de estudo desse trabalho.

2. Violência contra a mulher no Brasil

2.1 Violência contra a mulher no Brasil

A questão da violência contra as mulheres tem sido alvo de várias pesquisas no Brasil. A partir de 1970, em decorrência das pressões desenvolvidas pelos movimentos feministas no mundo e no Brasil, as políticas públicas e serviços de atendimentos às mulheres em situação de violência começaram a ser implantados. A visibilidade que a temática da violência contra a mulher proporcionou na época, fez com que isso fosse refletido em diferentes âmbitos da sociedade.¹

¹ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven. **Da denúncia às redes sociais: a (in) visibilidade da violência**

Em razão de uma cultura machista e patriarcal historicamente consolidada, os homens ainda se sentem donos das mulheres, mesmo que as mulheres tenham profissão e autonomia. Essa cultura reafirma os papéis desiguais entre homens e mulheres.

Nesse contexto, a violência contra elas possui números alarmantes no Brasil. Entre as mulheres, a violência de gênero é o principal motivo que as leva ao serviço de saúde e, na terceira idade, a violência contra as mulheres é a terceira causa de violações de direitos.²

Em todas as fases da vida, a mulher sofre algum tipo de violação. Ela nem sempre é física, pois, muitas vezes, é uma violência psicológica, com desqualificação e xingamentos, e com a detenção de documentos. Na sociedade existe uma divisão sexual dos papéis, em que o homem pode determinar coisas e a mulher não. Tudo isso constrói o cenário da violação de direitos.

Esse panorama tem favorecido a crescente onda de violações contra as mulheres. De acordo com o Mapa da Violência 2015, casos de violência contra a mulher têm aumentado consideravelmente a cada ano. Segundo dados apresentados na pesquisa, entre 2003 e 2013, se as taxas de homicídios femininos das UFs cresceram 8,8%, as das capitais caíram 5,8%, evidenciando um fenômeno já observado em mapas anteriores: a interiorização da violência, num processo em que os casos de violência letal se deslocam dos municípios de grande porte para municípios de porte médio.³

Essa pesquisa também apontou que o Brasil tem uma taxa de 4,8 homicídios para cada 100 mil mulheres, ocupando o 5º lugar no ranking de 83 países onde mais ocorrem assassinatos de mulheres. Um indicador diferencial dos homicídios de mulheres é o local onde ocorre a agressão. Quase a metade dos homicídios masculinos acontece na rua, com pouco peso do domicílio. Já nos femininos, essa proporção é bem menor: mesmo considerando que 31,2% acontecem na rua, o domicílio da vítima é, também, um local relevante (27,1%), indicando a alta domesticidade dos homicídios de mulheres.

Homens morrem primordialmente por violência na rua, a mulher morre na sua residência. Segundo dados de pesquisas, a maioria dos crimes de violência doméstica acontece em casa, aos finais de semana, e as mortes se concentram nos domingos, que é o momento em que a mulher passa a maior parte do tempo com seu companheiro. Ou seja, a mulher não é segura na própria casa.

Há uma explicação para a grande ocorrência da violência contra as mulheres no

contra a mulher no cotidiano. Dissertação. (Mestrado em Educação) - Programa de Pós-graduação em Educação, da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2019. p. 144.

² FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 38.

³ WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência: homicídios de mulheres.** Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2015.

Brasil. Ela não está ligada somente à lógica da pobreza ou desigualdade social e cultural. Também está ligada diretamente ao preconceito, à discriminação e ao abuso de poder que possui o agressor com relação à sua vítima. As mulheres, em razão de suas particularidades, aparência física, idade e dependência econômica, estão numa situação de vulnerabilidade na relação social.⁴

Ainda, segundo as autoras, devido à relação de poder e à dominação que existe no relacionamento afetivo, geralmente o agressor detém, em relação à mulher que ele agride, a força física e o poder econômico, passando a manipulá-la, violá-la e agredir-la psicologicamente, moralmente e fisicamente. Contudo, se as mulheres assumem uma posição vitimista não há espaço para se ressignificarem as relações de poder. Nesse sentido, devemos partir de uma perspectiva que caminhe contra um conceito rígido de gênero, considerando que:

A postura vitimista é também essencialista social, uma vez que o gênero é o destino. Na concepção flexível aqui exposta não há lugar para qualquer essencialismo, seja biológico ou social. Cabe frisar que a categoria histórica gênero não constitui uma camisa de força, não prescrevendo, por conseguinte, um destino inexorável. É lógico que o gênero traz em si um destino. Todavia, cada ser humano — homem ou mulher — desfruta de certa liberdade para escolher a trajetória a descrever. O gênero, assim, apresenta sim um caráter determinante, mas deixando sempre espaço para o imponderável, um grau variável de liberdade de opção, determinada margem de manobra.⁵

2.2. A espetacularização da violência através da mídia

Os meios de comunicação são considerados atualmente os principais influenciadores da população, por sua capacidade de manipular a opinião pública. Os conteúdos apresentados pelos meios de comunicação configuram uma verdade absoluta para muitos telespectadores, e isso se dá em razão da grande dificuldade de seleção da informação pela maioria da população.

A mídia constitui uma verdadeira fábrica de realidade, sendo capaz de criar esta realidade através da projeção de imagens e discursos que fazem fatos até irreais

⁴ RITT, C. F.; CAGLIARI, C.T.S.; COSTA, M. M. **Violência cometida contra a mulher compreendida como violência de gênero**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigo_violencia%20genero. Acesso em: 17 out. 2023.

⁵ SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Cadernos Pagu, n.16, p.115-136, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gMVfxYcbKMSHnHNLr-qwYhkL/?lang=pt>. Acesso em: 15 out. 2023.

virarem reais, tornando o discurso midiático convincente para a maioria dos telespectadores. Desse modo, os meios de comunicação criaram um discurso midiático que interessou ao telespectador, transformando-se em jornalismo-espetáculo. Em razão disso, Melossi refere-se a eles como “fábrica de mitos” e aponta que “um discurso nunca é simplesmente a expressão de uma opinião, mas uma proposta para organizar o mundo de determinada maneira”.⁶

Trazendo esta discussão para o contexto brasileiro contemporâneo, constata-se que a sociedade está repleta de imagens e é regida pela espetacularização, pelo imediatismo. O escritor francês Guy Debord, em sua obra intitulada “A sociedade do espetáculo” aborda essa questão. Debord afirma que a mercadoria é a ligação que estrutura a sociedade contemporânea. No espetáculo, já não predominaria simplesmente a produção mercantil, mas a imagem.

O espetáculo, compreendido na sua totalidade, é ao mesmo tempo o resultado e o projeto do modo de produção existente. Ele não é um suplemento ao mundo real, um adereço decorativo, é o coração da irrealidade da sociedade real.⁷ Sob todas as suas formas particulares, informação ou propaganda, publicidade ou consumo direto de divertimentos, o espetáculo constitui o modelo presente da vida socialmente dominante.

Ele é a afirmação onipresente da escolha já feita na produção, e o seu corolário o consumo. Forma e conteúdo do espetáculo são, identicamente, a justificação total das condições e dos fins do sistema existente. O espetáculo é também a presença permanente desta justificação, enquanto ocupação da parte principal do tempo vivido fora da produção moderna.

Apesar de os meios de comunicação regularmente apresentarem a violência de modo sensacionalista e descontextualizada, há exceções que buscam a origem do problema e suas soluções, e isso é consequência dos debates promovidos pelos movimentos sociais corriqueiramente, atuando, na maioria das vezes, através da *internet*, nos coletivos que surgiram nesse espaço, com o intuito de provocar um questionamento sobre o modo como a violência e seus desdobramentos são apresentados nos diferentes meios de comunicação.

No entanto, há entraves que ainda necessitam ser superados como, por exemplo, no meio jornalístico, devido à falta de qualificação e preparo adequado por parte desses profissionais para o tratamento das notícias envolvendo violência, em especial, contra a mulher. Patrício e Costa (2023), no caso das coberturas jornalísticas relacionadas à violência, uma coisa é certa: seja o veículo impresso ou eletrônico, em geral há uma carência de melhor qualificação dos repórteres envolvidos – um problema

⁶ MELOSSI, Dario. **El Estado Del Control Social: un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social em la conceito de gênero**. Campinas: IFCH-Unicamp, 2002.

⁷ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

bastante relacionado à falta de espaço para reflexão nas Faculdades de Comunicação. Ao exercer a profissão, o jornalista reproduz a velha prática de tratar o fenômeno a partir do fato violento em si, desconsiderando as causas e o contexto. O quadro tende a ser mais problemático nas redações que mantêm a figura do repórter policial ou nas chamadas editoriais de polícia. Normalmente, esses profissionais dependem muito de fontes policiais, já que consideram central para seu trabalho os furos de reportagem.⁸ Portanto, retomando o conceito de espetáculo abordado na obra de Debord, tem-se que ele se constitui como um elemento presente nos meios de comunicação. Em especial na televisão e nas redes sociais, faz com que fatos, notícias e temas que deveriam ser tratados de forma mais crítica, mas que devido à lógica do sistema, são trabalhados superficialmente, sem o aprofundamento que a notícia merece, para ter índices elevados de audiência acabam espetacularizando o que deveria ser tratado de forma mais séria como, por exemplo, a violência contra a mulher. Onde o mundo real se converte em simples imagens, as simples imagens tornam-se seres reais e motivações eficientes de um comportamento hipnótico. O espetáculo, como tendência para fazer ver por diferentes mediações especializadas o mundo que já não é diretamente apreensível, encontra normalmente na visão o sentido humano privilegiado que noutras épocas foi o tato; o sentido mais abstrato, e o mais mistificável, corresponde à abstração generalizada da sociedade atual. Mas o espetáculo não é identificável ao simples olhar, mesmo combinado com o ouvido. Ele é o que escapa à atividade dos homens, à reconsideração e à correção da sua obra, é o contrário do diálogo. E em toda a parte, onde há representação independente, o espetáculo reconstitui-se.⁹ A televisão, em determinados momentos, funciona como um instrumento para o consumo da violência. Observa-se diariamente nos filmes, novelas, mas, principalmente nos telejornais, um excessivo apelo ao sensacionalismo transformado em informação. A violência contra a mulher, muitas vezes, é abordada sem qualquer tipo de cuidado e respeito com as vítimas, o que faz com que muitos crimes cometidos contra as mulheres sejam retratados de forma muito agressiva. É muito comum que a televisão retrate a violência doméstica muito espetacularmente como violência urbana. Os noticiários jornalísticos exibem diariamente reportagens sobre a violência sofrida por mulheres as quais são difundidas sem conter elementos que esclareçam e possibilitem aos telespectadores uma compreensão mais ampla dos casos tratados. Essa espetacularização das notícias é visível nas diversas emissoras de TV e nos mais variados gêneros televisivos. As emissoras, de um modo geral, seguem a regra, embora, com características próprias em seus telejornais. A violência adquire uma dimensão dramática e comovente, o que proporciona a atenção dos telespectadores nas narrativas e nos cenários produzidos. É importante discutir o tratamento que os telejornais atribuem a crimes

⁸ NIJAINÉ, Kathie; CARELLI, Jorge. **Violência na mídia: excessos e avanços**. 2005. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_04.pdf. Acesso 18 out. 2023.

⁹ DEBORD, Guy, *op. cit.*

que configuram violência contra a mulher, investigar se essa mídia tem reforçado a reprodução de relações hierarquizadas e desiguais entre homens e mulheres, transmitindo visões do senso comum, reproduzindo estereótipos de gênero que retratam de forma rasa e superficial essa temática e seus desdobramentos.¹⁰ Isso porque a mídia (em especial a televisiva) pode estar contribuindo para a propagação de representações sociais negativas sobre a condição de ser mulher. Nas novelas, nos telejornais e programas de entretenimento são veiculados símbolos ideológicos em uma perspectiva desigual de gênero, os quais ultrapassam os limites das telas de TV e estabelecem relações concretas nas vidas cotidianas das mulheres. Apesar disso, é possível que a mídia possa trazer muitos benefícios no enfrentamento à violência psicológica contra a mulher, pois esta reforça as denúncias feitas pelas vítimas, e assim as mulheres podem romper o ciclo de violência e se sentirem mais acolhidas.

Outro papel muito importante é exercido pelas telenovelas e séries de grande difusão na televisão aberta, visto que cada vez mais se voltam a debater temas da atualidade como é o caso da violência contra a mulher. Ao retratar histórias de vítimas, como elas podem superar e denunciar, as telespectadoras mulheres que eventualmente sejam vítimas podem se sentir mais encorajadas e conscientes da sua situação. Outro aspecto relevante é o jornalístico mesmo, quando os canais de televisão retratam matérias e investigações sobre esses casos, realizam entrevistas com profissionais da área policial, psicólogas ou ativistas.

Nesses contextos muitas vezes o simples fato de trazer definições de que tipo de situação poderia ser caracterizada como violência contra a mulher já pode ser um grande benefício, no sentido de trazer luz para a discussão e favorecer a tomada de consciência das vítimas. Em sete de agosto de 2006, foi sancionada a Lei Maria da Penha, cujo objetivo principal é estipular punição adequada e deter atos de violência doméstica contra a mulher. Esse processo foi muito longo e no decorrer teve muitos debates e manifestações. Iniciou-se, na década de oitenta, as primeiras ações governamentais no sentido de incluir em sua agenda a temática da violência contra as mulheres e, em 1985, é criada a primeira delegacia especializada de atendimento às mulheres, fruto da luta do movimento de mulheres. Nos anos noventa, as feministas se mobilizavam de forma mais contundente. Organizaram seminários e reuniões em que a questão da violência era o foco principal. No Congresso Nacional existiam alguns projetos de Lei de iniciativa de parlamentares, de um modo geral voltados para aplicação de medidas punitivas e/ou ações pontuais. Nesse período, a representação feminina no Congresso era pequena e a ação ainda não parecia prioritária para o Executivo. Esses fatores foram determinantes para a permanência da lacuna legislativa¹¹

¹⁰ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.* p. 57.

¹¹ BRAZÃO, Analba et al. **Violência contra as mulheres: uma história contada em décadas de lutas.** Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2010.

Além disso, a Lei Maria da Penha reafirmou os serviços existentes e previu a criação de outros novos, perfazendo o total de onze serviços:

i) casas abrigo; ii) delegacias especializadas; iii) núcleos de defensoria pública especializados; iv) serviços de saúde especializados; v) centros especializados de perícias médico-legais; vi) centros de referência para atendimento psicossocial e jurídico; vii) Juizados de violência doméstica e familiar contra as mulheres; viii) equipe de atendimento multidisciplinar para auxiliar o trabalho dos Juizados; ix) núcleos especializados de promotoria; x) sistema nacional de coletas de dados sobre violência doméstica; e xi) centros de educação e de reabilitação para os agressores. Todos esses serviços conformam a rede integral de atendimento às mulheres vítimas de violência e são de competência dos Poderes Públicos¹⁶. No entanto, para que tais serviços sejam criados é preciso que os mesmos façam parte do planejamento governamental.¹²

A Lei Maria da Penha traz importantes definições que podem resultar numa classificação em cinco tipos de violência:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração,

¹² BRAZÃO, Analba *et al. op.cit.*

destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.¹³

Diante disso, novos tipos de violência contra a mulher estão surgindo. Dentre elas, uma que está afetando inúmeras vítimas é a pornografia de vingança, que acontece quando depois do término de um relacionamento a vítima tem suas imagens íntimas expostas pelo seu ex-companheiro, o que causa um dano psicológico ainda maior.

2.3 Conceito de “pornografia de vingança” e seu tratamento legislativo

A disseminação da *internet* e da telefonia móvel mudou o modo como as pessoas vivenciam suas experiências sociais. A ampliação do círculo de pessoas alcançadas pelas chamadas “redes sociais” e a velocidade com que mensagens de voz e de texto, vídeos e fotos são compartilhados nesse ambiente virtual faz parte do cotidiano de uma parcela considerável da população brasileira.

Apesar de úteis e de facilitar ambientes de troca de informação e debate, as redes sociais e outras áreas da comunicação digital têm sido também um espaço de violências contra as mulheres. As violências de gênero na *internet* não estão separadas do ‘mundo real’. Estão pautadas no desrespeito em relação às decisões das mulheres e em expectativas sobre o que seria um “comportamento feminino adequado”.¹⁴

Os espaços virtuais reproduzem discriminações construídas socialmente e podem ser instrumentos para reforçar violências contra as mulheres como a violência sexual, quando, por exemplo, um estupro é gravado e a ameaça de divulgação do conteúdo vira chantagem para que não haja denúncia. O aumento do acesso à *internet* e o crescimento das redes sociais deram uma nova mostra aos crimes de violência contra a mulher. Mais exposição, mais visibilidade, mais julgamento; constituiu-se, assim, um tribunal virtual.

¹³ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁴ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 66.

Em minutos, milhares de pessoas recebem e compartilham vídeos, fotos, comentários, que constituem crimes e acabam expondo a vítima a uma segunda agressão. Por outro lado, esses meios se tornaram uma ferramenta de mobilização social para denunciar abusos, organizar grupos de discussões e levantar ações que saem das telas e ganham as ruas.

O meio virtual parece não ter limites: a divulgação do conteúdo ocorre em uma enorme velocidade, e o alcance que a mensagem com a violência pode atingir é preocupante e grave e, pior, difícil de controlar e ser revertido. Por isso, novos tipos de violência contra as mulheres têm se manifestado no espaço virtual.

No Brasil, entre várias possibilidades de extensão das violências contra as mulheres pela comunicação digital, tem chamado atenção da opinião pública o número crescente de casos que chegam às delegacias e tribunais: a “pornografia de vingança” e o “cyberbullying”. Pornografia de vingança é configurada quando um ex-namorado ou alguém que teve acesso a uma foto íntima erótica de uma pessoa a divulga sem permissão. Pode ser caracterizada como o compartilhamento de fotos e vídeos íntimos pela *internet* sem autorização de todos os envolvidos ou com o intuito de causar humilhação da vítima.¹⁵

É uma categoria do gênero conhecida como “pornografia não consensual” ou “estupro virtual”, que envolve a distribuição de imagens sexualmente gráficas de indivíduos sem o seu consentimento. Esta categoria inclui fotos e vídeos registrados originalmente sem o consentimento da pessoa envolvida como, por exemplo, gravações escondidas ou gravações de agressões sexuais, assim como fotos e vídeos registrados com consentimento, geralmente no contexto de um relacionamento privado ou até mesmo secreto, como gravações disponibilizadas consensualmente a um parceiro que, mais tarde, distribui-as sem o consenso do outro envolvido.¹⁶

As vítimas desta divulgação não consensual, expostas na *internet* para o livre acesso de qualquer interessado, passam a ser perseguidas, humilhadas, intimidadas e assediadas. O termo vem dos Estados Unidos, onde é chamado de *reveng porn*, e foi nesse país que surgiu, na década de 80, o primeiro caso de pornografia da vingança.

Nos Estados Unidos, o casal Lajuan e Billy Wood estava em um acampamento e decidiram tirar fotografias nuas um do outro. Essas fotografias ficaram guardadas para serem vistas apenas pelo casal. Porém, um amigo de Lajuan e Billy Wood, o vizinho Steve Simpson, invadiu a casa, encontrou-as em uma gaveta e enviou para a revista *Beaver Hunt*, especializada em imagens pornográficas para o público masculino.¹⁷

¹⁵ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 67.

Apesar de não ser um fenômeno recente, a pornografia da vingança, nos últimos anos, obteve a evidência necessária para ser considerada como uma forma de violência contra a mulher, muito presente entre a maioria das vítimas. Em 2014, a organização *End Revenge Porn* (Ferreira, 2019), sem fins lucrativos, que atende milhares de vítimas em todo o mundo e defende inovações tecnológicas e sociais para combater os abusos *on-line*, realizou em seu site uma pesquisa que acabou constatando o que já era esperado: das pessoas entrevistadas pelo site, 90% das que alegaram terem sido vítimas da pornografia de vingança eram mulheres.

Destas, 57% afirmaram que o conteúdo pornográfico foi disponibilizado por um ex-namorado homem, juntamente com o nome completo da vítima (59%) e perfil na rede social (49%). Ainda, 93% das vítimas alegaram terem sofrido estresse emocional significativo devido ao ocorrido; 82% disseram terem sofrido considerável prejuízo em sua vida social ou ocupacional em razão de serem vítimas da pornografia de vingança; 49% passaram a ser perseguidas ou assediadas na *internet* por usuários que tiveram acesso às suas gravações; 57% sentem medo que esta violência sofrida afete seu desempenho profissional; 54% têm dificuldades em focar no trabalho ou estudo após o ocorrido e 51% passaram a ter pensamentos suicidas.¹⁸

A observação dos presentes dados conduz às seguintes conclusões preliminares: enquanto homens produzem mais conteúdo próprio, consequência do fato de que a vivência da sexualidade masculina dificilmente é criticada, pelo contrário, é sempre celebrada e incentivada, são também os que demonstram estarem menos receosos com possíveis vazamentos de tal material.

Isto acontece devido ao fato de que este tipo de comportamento sexual é esperado e exigido do homem. Constatar, através de gravações pornográficas, que o homem possui vida sexual não é algo que revolta qualquer norma social, logo, não é alguma coisa digna de ser compartilhada, por isso não viraliza na rede.

Por outro lado, as mulheres são as maiores vítimas da pornografia da vingança. São as que mais buscam auxílio *online* quando têm o vazamento de material íntimo na rede, e as que menos se sentem seguras em compartilhar gravações próprias na *internet*. Mais uma vez, a conclusão parece óbvia. Como explica Beauvoir, às mulheres foi dito que permaneçam intocadas como um ídolo. Devem estar dispostas a atender os desejos masculinos, mas nunca em benefício próprio.¹⁹

Assim sendo, a pornografia de vingança é um instrumento de consolidação de um privilégio e um poder. Se normas socialmente construídas não determinassem um lugar para a sexualidade das mulheres relacionado aos ideais de privacidade e recato,

¹⁸ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

a vingança não ocorreria, ou ao menos seria amenizada. São normas rígidas e tradicionais como essas que legitimam socialmente o julgamento e a punição às mulheres que não seguem os padrões.

Isso faz com que muitas das pessoas que recebem esse tipo de material sejam cúmplices dos agressores ao repassá-lo adiante ou insistir na hostilidade às vítimas. Do mesmo modo, padrões de masculinidade atuam para que os homens sejam maioria entre quem comete a pornografia de vingança. Para eles, muitas vezes, ter uma foto íntima divulgada não é motivo de julgamento moral, pelo contrário, trata-se de uma afirmação da sua masculinidade, uma prova da sua virilidade.²⁰

Nesse contexto, é importante então trazer à discussão o conceito de *cyberbullying*, que é o uso de ferramentas do espaço virtual, como as redes sociais e os celulares, para disseminar comentários depreciativos. *Bullying* é uma palavra de origem inglesa, que não possui tradução específica na Língua Portuguesa, e designa os "comportamentos adotados, por uma pessoa ou um grupo, que visam intimidar, humilhar, excluir ou oprimir o outro, repetidamente e de modo intencional".²¹

Essas novas categorias de violência contra a mulher surgem no mundo dos fatos e nem sempre o direito consegue acompanhar e regulamentar tudo. Então, muitas vezes, esses novos tipos e nomes vão surgir dentro da discussão em um processo judicial, até então, as vítimas vêm sofrendo transtornos, dentre eles o psicológico que é caracterizado como ato que causa grande impacto emocional e acaba diminuindo a autoestima da vítima.

Diante desses acontecimentos em que as vítimas vêm sofrendo constrangimento, humilhação, manipulação muitas delas começam a se isolar, outras tentam buscar ajuda sem que o agressor saiba, para evitar o pior.

O Brasil está entre os países com maior número de homicídios femininos no mundo.²² Duas leis destacam-se no enfrentamento da violência contra a mulher: a Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, e, mais recentemente, a Lei n. 13.104/2015, que tipifica o feminicídio, o assassinato de uma mulher em razão de sua condição de gênero.

Levantou-se o número de mortes de mulheres no Brasil no período entre 1996 e 2017, para avaliar, de forma quantitativa, os efeitos da nova legislação nos números da violência de gênero, através de um comparativo na evolução temporal dos índices.

²⁰ FERREIRA, Juliana Silvestre Louven, *op. cit.*, p. 71.

²¹ OLIBONI, S. **O bullying como violência velada: a percepção e a ação dos professores**. Dissertação. (Mestrado em Educação Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental da Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, 2008.

²² WAISELFISZ, Júlio Jacobo, *op. cit.*

Os resultados apontam um decréscimo imediato no número de feminicídios, com uma subsequente retomada de alta, indicando que não houve impacto significativo nesses índices. A importância da tipificação do crime, porém, vai além dos seus efeitos no número de mortes de mulheres.

A Lei n. 14.188 de 28 de julho de 2021, incluiu no Código Penal o crime de violência psicológica contra mulher, constante no artigo 147-B que dispõe de modo mais específico sobre a situação. Ela consiste em ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz e insultos.

Essas novas categorias de violência contra a mulher surgem no mundo dos fatos e nem sempre o direito consegue acompanhar e regulamentar tudo, então, muitas vezes, esses novos tipos e nomes vão surgir dentro da discussão em um processo judicial.

A tipificação do feminicídio foi um grande antecedente desses tipos penais mais específicos, com uma nítida tendência de especialização da definição dos crimes contra a mulher, de modo a aumentar a proteção de modo mais detalhada para as vítimas.

De fato, o reconhecimento da violência psicológica apesar de prevista anteriormente na lei Maria da Penha passou por um processo de transposição das decisões judiciais até chegar na legislação penal. Muitas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) abordaram sobre o tema, como observa-se abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. VIOLÊNCIA MORAL E PSICOLÓGICA. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. NECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no *Habeas Corpus* No 567.753 - DF - 2020/0072071-5)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. INCÊNDIO EM CASA HABITADA. LESÃO CORPORAL. INJÚRIA. CRIMES COMETIDOS NO CONTEXTO DA LEI N. 11.340/06 (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER). DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE INCÊNDIO. INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. AGREÇÃO E AMEAÇA À EX-COMPANHEIRA. ATEAMENTO DE FOGO NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA. NECESSIDADE DE GARANTIA

DA ORDEM PÚBLICA E DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. RÉU NÃO COMPROVOU ESTAR INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. CRIMES COMETIDOS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 5o-A DA RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CNJ. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (*Habeas Corpus* Nº 603532 – PR -2020/0197374-0)²³

3. Os principais casos e consequências de violência psicológica contra a mulher e a questão da percepção das vítimas

Com o advento da Lei de nº 14.188/21, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar um conceito específico do crime de violência psicológica, nos termos do atual art. 147-B do Código Penal, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.²⁴

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 603.532. Incêndio em casa habitada. Lesão corporal. Injúria. Crimes cometidos no contexto da Lei nº 11.340/06. Desclassificação do delito de incêndio. Exame fático-probatório. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Periculosidade do agente. Agravos e ameaça à ex-companheira. Ateamento de fogo na residência da vítima. Necessidade de garantia da ordem pública. Risco de contaminação pela COVID-19. Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. Flagrante ilegalidade não evidenciada. Habeas corpus não conhecido. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: [15 out. 2024].

²⁴ BRASIL. Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para incluir o crime de violência psicológica contra a mulher; e a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o Programa Sinal Vermelho contra a

Além dessa definição que é bastante elucidativa na legislação, é importante destacar que ainda assim existem diversas novas nomenclaturas para situações vividas pelas mulheres que se configuram como violência psicológica. É o caso de algumas expressões em inglês cunhadas pelos movimentos feministas.

O *gaslighting* é quando um homem manipula as situações para a mulher acreditar que a realidade que ela está tendo contato não é real, causando nela confusão e dúvidas sobre o que está vendo e sobre suas próprias percepções. Já o *mansplaining* é quando um homem explica algo que é óbvio para aquela mulher, e pode gerar diminuição da autoestima e autoconfiança, como também invalidação dos conhecimentos dela em relação a si mesma e aos outros²⁵

Existe também o *manterrupting*, que é quando uma mulher está falando e algum homem a interrompe sem deixar que ela conclua o que está dizendo. Essa prática é uma maneira de tentar desnortear a mulher para que ela se perca na sua própria fala, fazendo com que sua fala tenha menor validade ou seja desconsiderada²⁶.

Conforme mencionado, essas expressões têm se popularizado graças a difusão realizada pelos movimentos feministas. Além disso, conforme também já mencionado, outra expressão estrangeira que se refere a uma modalidade de violência psicológica é o *revenge porn*, que foi traduzido para o Brasil e inclusive já incorporado no ordenamento jurídico através do art. 218-C do Código Penal, conforme se vê abaixo:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.²⁷

Violência Doméstica. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jul. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.

²⁵ SILVA, Uyara Ferreira *et al.* Problemas enfrentados por alunas de graduação em ciência da computação: uma revisão sistemática. **Educação e Pesquisa**, v. 48, 2022. p. 10.

²⁶ SILVA, Uyara Ferreira *et al.* Problemas enfrentados por alunas de graduação em ciência da computação: uma revisão sistemática. **Educação e Pesquisa**, v. 48, 2022. p. 5.

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro

Com relação às consequências para as vítimas desse crime, destaca-se primeiramente que é quase impossível apagar completamente um arquivo da rede mundial de computadores pela rapidez com que podem ser compartilhados e salvos por qualquer outro usuário²⁸. A vingança digital provoca um sofrimento “eterno” para a vítima, que vive sempre ameaçada pela perspectiva de em algum momento voltarem a surgir suas imagens íntimas na rede.

A superexposição gerada em consequência do *revenge porn* não tem qualquer efeito positivo na vida dessas mulheres. Como já explanado anteriormente, a exposição de caráter sexual nesses casos transforma-se em instrumento de culpabilização das vítimas, que experimentam dentre outras coisas a intensa exclusão social.

A viralização da publicação inicial e a superexposição a que deu causa, muitas vezes impedem que a vítima denuncie o agressor, como se verifica no relato de entrevistada: “Na época eu e minha mãe achamos melhor não procurar a polícia, para não espalhar ainda mais a história. Ficamos com medo de dar parte e a história nunca morrer, sabe?”. O medo de que a história alcance um público ainda maior é colossal, e o que se vê é uma tentativa de fuga dessa realidade, desistindo do enfrentamento do problema pelos meios adequados, como se verifica no relato da Entrevistada: “Mudei de colégio e o tempo amenizou tudo, aos poucos as pessoas esquecem”.²⁹

O tempo é fator também significativo. Essas mulheres passam a contar com o fluxo intenso de informações na *internet* e na mídia para deixarem de ser “novidade”, mudam o convívio social em busca de restituir o status quo de anonimato em que viviam antes da agressão acontecer.

Outra determinante é a desconfiança no Judiciário. Novamente, o tempo. As ações se arrastam por anos, entre depoimentos, provas e decisões, e cada uma dessas etapas representa para essas vítimas reviverem todo o terror psicológico. Enfrentar o agressor, ter seus motivos contestados, ter a vida exposta mais uma vez.³⁰

de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual, de divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável, de cena de sexo, nudez ou pornografia sem consentimento, e para aumentar a pena do estupro coletivo e do estupro corretivo; e revoga o art. 61 da Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.

²⁸ SOARES, Zarah Alves de Andrade. **Revenge porn: breve análise do possível enquadramento deste crime digital na Lei Maria da Penha**. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Macaé, 2018. p. 60.

²⁹ SOARES, Zarah Alves de Andrade. **Revenge porn: breve análise do possível enquadramento deste crime digital na Lei Maria da Penha**. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Macaé, 2018. p. 60.

³⁰ SOARES, Zarah Alves de Andrade, *op. cit.*, p. 60.

O receio gerado pelo trauma emocional reverbera entre os parentes e amigos, mas também na lei e na sua aplicação. De acordo com o relato de uma vítima:

hoje eu não preciso mais pensar nisso, mas se tivesse aberto algum tipo de processo, provavelmente estaria rolando até hoje. Não queria passar anos tocando nesse assunto, e vendo a minha exposição ser ridicularizada [...], esse foi o motivo de não denunciar. Acho que esses casos tinham que ser resolvidos de maneira mais rápida e eficaz, para poupar o sofrimento da vítima.³¹

Em outros casos a denúncia é feita, porém o processo nem chega a sair da instância policial. A vítima, mesmo procurando uma delegacia especializada em crimes virtuais não logrou qualquer êxito em o ver seu algoz responsabilizado.³² A própria dificuldade de tipificar os casos de *revenge porn* transforma-se em aliado da impunidade. Como antes não tinha um enquadramento legal específico, podia ser interpretado dentro do Código Penal, no crime de injúria ou de difamação ou no Código Civil através da reparação do dano moral e material, conforme explicar-se-á no capítulo quatro.

A morosidade do Judiciário também assusta. Como ressaltado pelo depoimento, a ideia de passar anos “tocando na ferida” e revivendo o abalo psicológico sofrido, desestimula a busca por reparação na via judicial.

Nesse sentido, é importante destacar os principais tipos de consequências que essas vítimas sofrem. Muitas delas possuem informações pessoais divulgadas pelos agressores juntamente com o conteúdo íntimo, como o nome completo (59%), endereço de e-mail (26%), perfil da rede social (49%), endereço residencial (16%), telefone (20%), local de trabalho (14%) (Cyber Civil Rights Initiative, 2018). Tendo em vista a exposição generalizada da intimidade feminina, elas vivenciam ataques virtuais e presenciais praticados por estranhos, que desprendidos dos limites geográficos ou temporais do mundo físico, prolongam indefinidamente o sofrimento, o constrangimento e a humilhação.

Atentando-se às perseguições praticadas por terceiros ante a exposição de vítimas de pornografia de vingança, estudo indicou que 37% das vítimas entrevistadas foram provocadas, assediadas ou perseguidas *on line*; 49% foram assediadas ou perseguidas pessoalmente ou por telefone; 30% foram obrigadas a encerrar conta de *e-mail* por conta de mensagens hostis, abusivas e ou obscenas; 25% foram obrigadas a

³¹ SOARES, Zarah Alves de Andrade, *ob. cit.*, p. 60.

³² SOARES, Zarah Alves de Andrade, *ob. cit.*, p. 60.

encerrar a conta no *Facebook*; 26% se viram obrigadas a encerrar a conta no *Twitter*³³.

Impondo as sensações de culpa, humilhação, sofrimento e isolamento social às vítimas de pornografia de vingança, os agressores incorrem na clara prática de violência contra a mulher, fenômeno que, dada a sua larga incidência nas variadas regiões do Brasil, bem como seus efeitos nocivos para vítimas e sociedade como um todo, desperta a preocupação do Estado.

Visando a definir o conceito jurídico de violência contra a mulher, a Convenção de Belém do Pará (Brasil, 1994), ratificada pelo Brasil, dispõe no seu artigo primeiro que se entende por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano, ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na privada.

A pornografia de vingança, enquanto equiparação proposital das vítimas a garotas de programa, e a consequente depreciação da honra e imagem públicas, implica no constrangimento das vítimas perante si mesmas e na redução drástica do sentimento de autoestima ao mesmo tempo em que reafirma a honra dos agressores.³⁴

Nesse sentido, se configura a prática de violência moral, definida pela Lei Maria da Penha como “[...] qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”, tendo como objeto e primeiro bem jurídico afetado, a honra das vítimas³⁵.

Conferindo atenção aos sentimentos experimentados pelas vítimas de pornografia de vingança, estudo constatou que o sofrimento é constante na vida das mulheres cuja sexualidade foi exposta, figurando em 93% dos relatos colhidos.³⁶ Nesse contexto, profissionais que lidam cotidianamente com o trato desse tipo de problema alertam para o alto poder lesivo de suas consequências, que, implicando no sofrimento extremo, fragilizam significativamente a saúde psicológica, constatação corroborada pela literatura médica.

É comum observar-se nas vítimas de pornografia de vingança a ocorrência de sintomas que indicam a vulnerabilidade da sua qualidade de vida, significativamente

³³ CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. **Revenge Porn Statistics**. Disponível em: www.EndRevengePorn.org / www.CyberCivilRights.org. Acesso em 19 out. 2023.

³⁴ PINHEIRO, Rossana Barros. **Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade**. Dissertação. (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Programa de Pós- Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. São Luís. 2018, p. 185.

³⁵ BRASIL. **Lei Maria da Penha**. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

³⁶ FRANKS, Mary Anne. **Drafting an effective revenge porn law: a guide for legislators**. 2015. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2016/09/Guide-for-Legislators-9.16.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

ameaçada por episódios de ansiedade, depressão, angústia, medo, tristeza, raiva, estresse, dores de cabeça e de estômago, distúrbios do sono, falta de apetite, entre outros.³⁷ Assim, destaca-se o desequilíbrio somático das vítimas, haja vista o significativo comprometimento do sentimento de autoestima por conta da assunção de culpa.³⁸

Diante do exposto, a pornografia de vingança se contextualiza com a violência psicológica prevista na Lei Maria da Penha, entendida como dano emocional que cause a diminuição da autoestima, perturbação do pleno desenvolvimento psicológico.³⁹

Considerando-se que a posse de conteúdo íntimo pelo agressor sedento de vingança pode ensejar ameaças e constrangimento ilegal, restringido assim o âmbito de escolhas das vítimas e a possibilidade de autodeterminação dessas, a represália característica da pornografia de vingança pode ser precedida de condutas que lesam a liberdade das vítimas.

Além de utilizar o conteúdo íntimo como subsídio de ameaças para praticar crimes que lesam o patrimônio das vítimas, o agressor pode fazer uso de chantagens e ameaças no contexto de condutas que firam a liberdade individual. Nesse sentido estudo realizado pelo *McAfee*⁴⁰ apontou que 10% dos usuários do serviço ameaçaram expor a sexualidade das ex-parceiras, dos quais 605 concretizaram tais ameaças.

De posse do material íntimo, o agressor também pode utilizar o conteúdo para fazer ameaças e ou constranger as vítimas a praticar condutas sexuais forçadas, ferindo dessa forma a sua dignidade sexual. Definindo contornos jurídicos mais aprofundados para essa discussão, Rogério Greco pontua que os crimes contra a dignidade sexual previstos no Código Penal substituíram o rol de crimes contra os costumes, tipificados no mesmo diploma normativo, considerando que esses não mais se coadunavam com a complexidade social observada no século XXI.⁴¹

Tal contexto político, marcado pela afirmação dos direitos humanos e defesa da igualdade entre os gêneros, deve contextualizar-se com a proteção da dignidade sexual dos indivíduos, em detrimento dos modelos reducionistas, machistas e sexistas de

³⁷ PORTO, Andrio Albiere; RICHTER, Daniela. **O direito da criança e do adolescente e os riscos do cyberbullying e do sexting no ambiente digital: realidade ou exagero?** In: XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015, Rio Grande do Sul. Anais, UNISC, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/7A3M7X>. Acesso em: 12 out. 2023.

³⁸ ROCCO, Barbara Linhares Guimarães; DRESCH, Márcia Leardini. **Violação dos Direitos à Intimidade e à Privacidade como Formas de Violência de Gênero**. *Percurso*. v. 1, n. 14 (2014). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/833>. Acesso em 14 out. 2023.

³⁹ JUNIOR, João de Paula Neto; JUNIOR, Christovam Castilho. **A necessidade de reparação do dano moral decorrente da violência doméstica**. *Revista Universitas da FANORPI*, v. 1, n. 09, 2023. p. 68.

⁴⁰ CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. **Revenge Porn Statistics**. Disponível em: www.EndRevengePorn.org / www.CyberCivilRights.org. Acesso em 19 out. 2023.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. Niterói: Impetus, 2017.

comportamentos masculinos e femininos aceitáveis moralmente no espaço público.⁴²

Na conjuntura da pornografia de vingança, os delitos que ferem o bem jurídico da dignidade sexual estão normalmente associados à obtenção de vantagens sexuais sob ameaças de divulgação do conteúdo íntimo em poder do agressor, figura jurídica que a doutrina denomina de extorsão.⁴³ Esse delito constitui gênero do qual o estupro virtual, ameaças com a finalidade de obtenção de vantagens sexuais, e a extorsão, ameaças com a finalidade de obtenção de vantagens patrimoniais, são espécies.

Gradativamente reconhecido nas decisões jurídicas como forma de violência de gênero perpetrada na pornografia de vingança, o estupro virtual, atrelado ao conceito de violência sexual previsto no art. 7, III da Lei Maria da Penha, consiste na submissão da vítima a atos sexuais forçados com a finalidade de satisfazer a lascívia do agressor⁴⁴.

Desse modo, destaca-se a perfeita correspondência entre a pornografia de vingança e a violência sexual, entendida como conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade [...] (Art. 7, III)⁴⁵.

Assim, não obstante as circunstâncias diferenciadas que conformam as interações humanas no âmbito de uma cibercultura, a violência sexual concretizada mediante a perpetração de estupro virtual, coaduna-se perfeitamente com as lesões à dignidade das vítimas do estupro previsto pelo legislador infraconstitucional.⁴⁶

Prosseguindo na discussão, há também efeitos patrimoniais. Considerado pela doutrina civilista clássica como um atributo da personalidade, o patrimônio consiste no complexo de direitos e obrigações pecuniariamente apreciáveis atrelados a uma pessoa, compreendendo assim bens, créditos, débitos e todas as relações jurídicas de conteúdo econômico relacionados a alguém.⁴⁷

Esse quantitativo de bens jurídicos economicamente tangíveis é sobremaneira diminuído com a prática de pornografia de vingança, haja vista a necessidade de realização de despesas imprevistas pela vítima, com a finalidade de minorar o

⁴² GRECO, Rogério, *op. cit.*

⁴³ PINHEIRO, Rossana Barros, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁴ BRASIL. **Lei Maria da Penha**. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

⁴⁵ BRASIL. **Lei Maria da Penha**. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

⁴⁶ PINHEIRO, Rossana Barros, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

constrangimento e a humilhação causados pela exposição pejorativa da sua intimidade.

Nessa perspectiva, pesquisa de iniciativa da *Cyber Civil Rights*⁴⁸ indicou que:

42% das vítimas recorreram a serviços psicológicos, 82% relataram prejuízo significativo nas áreas sociais e ocupacionais, 54% relataram dificuldade de se dedicar ao trabalho e à escola, 13% relatam dificuldades de conseguir um emprego ou entrar na faculdade, 26% tiveram que se afastar do trabalho ou sair da escola no meio do semestre, 55% temem que o ocorrido traga consequências para a reputação profissional no futuro, 57% têm receio de a exposição afetar as suas possibilidades de promoção no futuro, 52% sentem que a exposição é um fato que precisa ser ocultado diante de um potencial empregador em uma entrevista, 42% tiveram que explicar a situação aos supervisores profissionais ou acadêmicos.

Entre os principais custos econômicos que as vítimas de pornografia de vingança enfrentam após a divulgação da sua intimidade e ridicularização na esfera pública destacam-se: gastos com tratamentos médicos e psicológicos; pagamento de custas em processos movidos com a finalidade de postular a exclusão do conteúdo da internet, bem como mudança de nomes e ou responsabilização dos agressores.

Além disso, consoante o demonstrado pela pesquisa supracitada, as vítimas relatam dificuldades de se manter no trabalho, afetando assim a possibilidade de independência financeira, e na escola, diminuindo as chances de crescimento profissional e ascensão social através da educação formal.

Registra-se ainda que a mudança imprevista de endereço residencial é alternativa onerosa frequentemente adotada pelas vítimas ante a visualização do seu conteúdo íntimo em todas as proximidades de onde reside como rua, bairro, podendo alcançar cidades, estados, países e continentes inteiros. Nesse sentido, a prática de pornografia de vingança configura a violência patrimonial prevista na Lei Maria da Penha, entendida como “[...] qualquer conduta que configure retenção, subtração, **destruição parcial ou total de seus [...] bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades** (art. 7, IV).⁴⁹

⁴⁸ CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. **Revenge Porn Statistics**. Disponível em: www.EndRevengePorn.org / www.CyberCivilRights.org. Acesso em 19 out. 2023.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e da Convenção Interamericana para

Conforme o previsto nesse dispositivo, essa modalidade de violência implica na diminuição total ou parcial de bens, valores, direitos e recursos econômicos indispensáveis para satisfazer as necessidades das vítimas. Por outro lado, também é possível vislumbrar a violência patrimonial associada à pornografia de vingança na modalidade de extorsão, especificamente quanto à exigência de vantagens patrimoniais das vítimas sob pena de divulgação do conteúdo íntimo, configurando esse outro crime também.

Psicossomatizado sobre a forma de perturbações à integridade física e psíquica das vítimas, o desequilíbrio da saúde psicológica já discutido afeta consideravelmente a incolumidade e integridade física, incorrendo na tipificação da violência física prevista no artigo 7, I da Lei Maria da Penha: “I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”.⁵⁰

Nessa perspectiva, a prática de violência psicológica, moral, sexual e patrimonial de gênero mediante a perpetração de pornografia de vingança implica em lesões à integridade psicológica que comprometem sensivelmente a saúde das vítimas, considerando que o conceito de saúde abrange não somente o perfeito funcionamento dos sistemas fisiológicos do indivíduo, atingindo também o equilíbrio mental e emocional.

Considerando a fragilidade das vítimas por conta das lesões psicológicas que frequentemente desembocam em pensamentos suicidas, as agressões de terceiros mediante o *bullying* e o *cyberbullying* podem configurar instigação ao suicídio sempre que contribuam para reforçar na mente das vítimas a vontade de tirar a própria vida.⁵¹

Ainda sobre os efeitos e o conceito de pornografia da vingança, Mary Anne Franks, da University of Miami considera que pornografia não-consensual se refere a imagens sexualmente explícitas divulgada sem o consentimento e sem propósito legítimo.⁵² O termo encobre material obtido por câmeras escondidas consensualmente trocadas dentro de uma relação confidencial, fotos roubadas e gravações de abusos sexuais.

A pornografia de vingança frequentemente ocorre em casos de violência

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

⁵⁰ PINHEIRO, Rossana Barros, *op. cit.*, p. 185.

⁵¹ PINHEIRO, Rossana Barros, *op. cit.*, p. 185.

⁵² FRANKS, Mary Anne. **Drafting an effective revenge porn law: a guide for legislators**. 2015. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2016/09/Guide-for-Legislators-9.16.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023. p. 2.

doméstica, com os agressores usando a ameaça de divulgação para evitar que suas parceiras os abandonem ou denunciem suas práticas abusivas. Traficantes de mulheres também usam a pornografia não consensual para encontrar indivíduos dispostos a sexo comercial, assim como estupradores têm gravado os seus ataques apenas para humilhar suas vítimas como também para desencorajar as denúncias de estupro.⁵³

Diante desses novos desafios enfrentados pelo ordenamento jurídico vigente, é evidente que a tutela jurídica deve também garantir a eficácia material dos direitos de personalidade, e que os meios de condenação advindos das suas violações não sejam meramente simbólicos.

Nesse contexto, Sarmento (2004) afirma que é possível extrair da Constituição um direito geral de personalidade, que poderia ser invocado nas relações privadas para coibir atos atentatórios contra outros bens jurídicos componentes da personalidade humana, uma vez que há necessidade de tutela preventiva. Em outras palavras, é essencial a adoção da tutela preventiva objetivando que a tutela jurisdicional atue na prevenção do ato ilícito, como meio de conservação dos direitos de personalidade das vítimas de pornografia de vingança.

3.1. A percepção da mulher vítima de violência psicológica

Diante de toda essa problemática é possível constatar que a questão do desconhecimento e da falta de percepção das vítimas sobre a sua própria situação de violência psicológica é um dos principais entraves no enfrentamento.

A própria mulher, às vezes, normaliza o que ela passa, não sabe que o que ela sofre é crime, não sabe onde e como recorrer para sair da situação e assim há perpetuação da violência em razão de fatores de dependência emocional ou financeira ou mesmo em razão da ameaça.

Sobre os aspectos socioeconômicos, a maior parte das mulheres (52%) apresenta apenas a escolaridade fundamental concluída de acordo com pesquisas; ser dependente economicamente do cônjuge é um fator que se associa à maior predisposição de vivenciar violência.⁵⁴

Alguns relatos de vítimas de relacionamentos abusivos já foram registrados em pesquisas que resultaram na constatação de que a forma de violência mais prevalente é a psicológica. De acordo com essa pesquisa a recorrência dessa violência é quase que diária através de humilhações, ameaças e acusações que visavam a desestabilizar,

⁵³ FRANKS, Mary Anne, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ PAIXÃO, Gilvânia Patrícia do Nascimento *et al.* **Características sociodemográficas e conjugais de mulheres com história de violência conjugal.** Revista de APS, v. 22, n. 1, 2019. p. 54.

constranger, oprimir e manter a relação mediante o medo da mulher em rompê-la.⁵⁵

Outro fator preocupante é que os homens muitas vezes têm a visão de que, enquanto esposa/parceira, a mulher é obrigada a manter relações sexuais com ele mesmo sem querer; trata-se de uma percepção masculina totalmente equivocada e que expressa uma dominação, por acharem eles que isso jamais seria um estupro.⁵⁶

Há também a questão do impacto da percepção e julgamento externos sobre a situação de violência sofrida pelas mulheres. Aos olhos dos olhos muitas vezes as mulheres são apontadas como merecedoras da violência, culpadas por não terem conseguido resistir suficientemente e consideradas como pessoas de conduta vergonhosa e não íntegra; tudo isso reflete e reforça uma verdadeira invasão da privacidade dessas vítimas, ao invés de criarem uma rede de apoio para elas.⁵⁷

Quando essas mulheres vão em busca de atendimento em estabelecimentos de saúde outro problema grandioso se revela. Muitas vezes quando há agressão física, sexual ou algum estado de pânico em razão de ameaças, os prontos-socorros são o local de destino dessas vítimas.

Nesses locais, o principal entrave numa melhor condução desses casos é que os profissionais de saúde se restringem ao que está sendo visível de modo concreto e externo, pela suposta gravidade de sintomas. Há uma dificuldade de perceber e reconhecer a violência sofrida pela mulher, dando credibilidade a seu relato, e uma tendência recorrente de simplesmente medicar as mulheres.⁵⁸

Sendo sempre desacreditada, estudos revelam que, quando essas mulheres vão em busca das Delegacias para denunciar a violência psicológica, o crime acaba de perpetuando. A falta de habilidade técnica e treinamento da polícia no atendimento a essas vítimas as coloca numa realidade de desamparo e descrença na justiça social, visto que em geral ocorre uma relativização dos relatos, com tendência à desqualificação, que, atrelada à estrutura deficitária e de baixa resolutividade do aparato policial acaba levando à interrupção dos procedimentos legais, por meio de "suspensão" da queixa.⁵⁹

Além de toda essa questão do descrédito dos relatos, há pesquisas realizadas em algumas Delegacias da Mulher que constataram que o próprio ambiente físico e a

⁵⁵ CALLOU, Regiane Clarice Macêdo *et al.* **Violência doméstica contra a mulher: Percepção e concepções a partir da história oral de vítimas.** Revista Contexto & Saúde, v. 23, n. 47, 2023. p. 5.

⁵⁶ CALLOU, Regiane Clarice Macêdo *et al.*, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷ SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Márcia Spanó; LETTIERE, Angelina. **Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social.** Texto & Contexto-Enfermagem, v. 19, 2010. p. 420.

⁵⁸ SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Márcia Spanó; LETTIERE, Angelina, *op. cit.*, p. 421.

⁵⁹ SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Márcia Spanó; LETTIERE, Angelina, *op. cit.*, p. 422.

estrutura das salas acabam causando mais constrangimento para as vítimas. Já foi relatado que quase todos os casos denunciados eram claramente ouvidos por qualquer pessoa presente na sala de espera, o que sempre gerava incômodos e embaraços.⁶⁰

Já no âmbito judicial pesquisas apontam que nas decisões de indeferimento de medidas protetivas de urgência a versão da ofendida segue desacreditada e é considerada insuficiente, até mesmo afirmando que a mulher que não fez representação ou registro de ocorrência anterior contra o agressor que já lhe agrediu outras vezes de certo modo não “mereceria” essa proteção judicial ou teria culpa pela situação.⁶¹

4. Conclusão

Diante do exposto, este estudo explorou a alarmante realidade da violência contra a mulher no Brasil, destacando particularmente a violência psicológica e sua percepção pelas vítimas. A pesquisa revelou a complexidade dessa questão, com a violência psicológica muitas vezes permanecendo invisível aos olhos da sociedade, em grande parte devido à sua natureza subjetiva e às barreiras sociais e emocionais que as vítimas enfrentam.

A espetacularização da violência através da mídia, juntamente com o fenômeno da pornografia de vingança, foi abordada como fatores que contribuem para perpetuar a violência e estigmatizar as vítimas. Além disso, a análise dos principais casos e consequências da violência psicológica sublinhou a urgente necessidade de sensibilização e educação pública e do sistema de justiça e delegacias sobre essa forma de abuso, bem como a importância de reforçar a legislação existente.

No entanto, o estudo também se concentrou em detalhes sobre a Lei Maria da Penha, os conceitos trazidos pela novo crime do Código Penal e algumas decisões judiciais que reconhecem a existência da violência psicológica contra a mulher.

Diante de todo o exposto, para efetivamente combater a violência contra a mulher é essencial continuar a fortalecer e capacitar os núcleos especializados nas Polícias e no Judiciário a fim promover uma cultura de respeito e igualdade de gênero e oferecer apoio seguro e acessível às vítimas.

⁶⁰ BOEN, Mariana Tordin. **Sentidos cotidianos: os discursos sobre violência contra as mulheres em uma Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher**. 2020.

⁶¹ FREITAS, Maria Fernanda Corrêa et al. **Violência psicológica e verdade jurídica: como é construída a verdade jurídica sobre a violência psicológica contra a mulher pelos agentes do sistema de justiça criminal**. 2022.

Referências

- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.
- BOEN, Mariana Tordin. **Sentidos cotidianos: os discursos sobre violência contra as mulheres em uma Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher**. 2020.
- BRASIL. **Lei Maria da Penha**. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 out. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 10 out. 2023.
- BRAZÃO, Analba et al. **Violência contra as mulheres: uma história contada em décadas de lutas**. Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2010.
- CALLOU, Regiane Clarice Macêdo et al. **Violência doméstica contra a mulher: Percepção e concepções a partir da história oral de vítimas**. Revista Contexto & Saúde, v. 23, n. 47, p. e12186-e12186, 2023.
- CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. **Revenge Porn Statistics**. Disponível em: www.EndRevengePorn.org / www.CyberCivilRights.org. Acesso em 19 out. 2023.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
- FERREIRA, Juliana Silvestre Louven. **Da denúncia às redes sociais: a (in) visibilidade da violência contra a mulher no cotidiano**. Dissertação. (Mestrado em Educação) - Programa de Pós-graduação em Educação, da Universidade Federal Fluminense. Niterói, p. 144. 2019.
- FRANKS, Mary Anne. **Drafting an effective revenge porn law: a guide for legislators**. 2015. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2016/09/Guide-for-Legislators-9.16.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.
- FREITAS, Maria Fernanda Corrêa et al. **Violência psicológica e verdade jurídica: como é construída a verdade jurídica sobre a violência psicológica contra a mulher pelos agentes do sistema de justiça criminal**. 2022.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. Niterói: Impetus, 2017.
- JUNIOR, João de Paula Neto; JUNIOR, Christovam Castilho. **A necessidade de reparação do dano moral decorrente da violência doméstica**. Revista Universitas da FANORPI, v. 1, n. 09, p. 68-126, 2023.
- MELOSSI, Dario. **El Estado Del Control Social: um estudio sociológico de los conceptos de estado y control social em la conceito de gênero**. Campinas: IFCH-Unicamp, 2002.
- NIJAINÉ, Kathie; CARELI, Jorge. **Violência na mídia: excessos e avanços**. 2005. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_04.pdf. Acesso 18 out. 2023.
- OLIBONI, S. **O bullying como violência velada: a percepção e a ação dos professores**. Dissertação. (Mestrado em Educação Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental da Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, 2008.
- PAIXÃO, Gilvânia Patrícia do Nascimento *et al.* **Características sociodemográficas e conjugais de mulheres com história de violência conjugal**. Revista de APS, v. 22, n. 1, 2019.

- PINHEIRO, Rossana Barros. **Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade**. Dissertação. (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Programa de Pós- Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. São Luís, p. 185. 2018.
- PORTO, Andrio Albiere; RICHTER, Daniela. **O direito da criança e do adolescente e os riscos do cyberbullying e do sexting no ambiente digital: realidade ou exagero?** In: XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015, Rio Grande do Sul. Anais, UNISC, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/7A3M7X>. Acesso em: 12 out. 2023.
- RITT, C. F.; CAGLIARI, C.T.S.; COSTA, M. M. **Violência cometida contra a mulher compreendida como violência de gênero**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigo_violencide%20genero. Acesso em: 17 out. 2023.
- ROCCO, Barbara Linhares Guimarães; DRESCH, Márcia Leardini. **Violação dos Direitos à Intimidade e à Privacidade como Formas de Violência de Gênero**. *Percurso*. v. 1, n. 14 (2014). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/833>. Acesso em 14 out. 2023.
- SAFFIOTI, Heleith I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. *Cadernos Pagu*, n.16, p.115-136, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gMVfxYcbKMSHnHNLrqwYhkL/?lang=pt>. Acesso em: 15 out. 2023.
- SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Márcia Spanó; LETTIERE, Angelina. **Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social**. *Texto & Contexto-Enfermagem*, v. 19, p. 417-424, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SILVA, Uyara Ferreira et al. Problemas enfrentados por alunas de graduação em ciência da computação: uma revisão sistemática. **Educação e Pesquisa**, v. 48, p. e236643, 2022.
- SOARES, Zarah Alves de Andrade. **Revenge porn: breve análise do possível enquadramento deste crime digital na Lei Maria da Penha**. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Macaé, 2018.
- PATRÍCIO, E., & Kariny Correia da Silva Costa, I. (2023). A cultura profissional e a percepção da presencialidade como dimensão de qualidade da produção jornalística. *Revista Eco-Pós*, 26(2), 455–479. <https://doi.org/10.29146/eco-ps.v26i2.12382>
- WASELFSZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência: homicídios de mulheres**. Rio de Janeiro: Flasco Brasil, 2015

A Súmula Vinculante n.º 14 do STF e o direito de acesso das vítimas à investigação criminal: Uma análise hermenêutica de precedentes

*STF Binding Precedent No. 14 and Victims'
Right of Access to Criminal Investigations:
A Hermeneutic Analysis of Case Law*

Aureliano Rebouças Júnior 

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Mestre em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela UCAM. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UECE. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Promotor de Justiça do Estado do Ceará.

Resumo: O sigilo do inquérito policial foi relativizado pela Súmula Vinculante n.º 14 do STF (SV 14), em 2009, com o objetivo de garantir o exercício do direito de defesa do investigado. Já o direito da vítima de acesso aos elementos de prova colhidos em procedimento investigatório criminal ainda é objeto de controvérsia. Tal situação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 70411-RJ, que entendeu pela concessão do referido direito também às vítimas, com fundamento, basicamente, na SV 14 e em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos— Corte IDH. Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a argumentação jurídica utilizada no referido julgado, notadamente sob o prisma hermenêutico dos precedentes sobre a matéria do STF e da Corte IDH. Para tanto, utiliza-se de pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, baseando-se em fontes como doutrina, legislação e jurisprudência. Objetiva-se, também, compreender o paradigma hermenêutico que deve ser utilizado na aferição da utilização de precedentes judiciais. Após um cotejo analítico de vários precedentes judiciais, aponta-se a impropriedade de parte da fundamentação do RMS 70411-RJ, que, todavia, não

invalida o reconhecimento do direito da vítima de acesso à investigação criminal.

Palavras-chave: Inquérito policial. Súmula Vinculante n.º 14. Vítima. Sigilo. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: *The confidentiality of police investigations in Brazil was partially relaxed by STF Binding Precedent No. 14 (SV 14) in 2009, with the aim of ensuring the suspect's right of defense. By contrast, victims' right of access to evidence gathered in criminal investigations remains contested. This issue was addressed by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in Ordinary Appeal in Writ of Mandamus No. 70,411/RJ, which recognized that such a right should also extend to victims, primarily on the basis of SV 14 and the case law of the Inter-American Court of Human Rights. This article analyzes the legal reasoning adopted in that decision, particularly from a hermeneutic perspective informed by the precedents of the STF and the Inter-American Court. Methodologically, the study adopts a qualitative, exploratory approach based on doctrinal, legislative, and case law sources. It also seeks to clarify the appropriate hermeneutic framework for assessing the use of judicial precedents. Following a comparative analysis of relevant case law, the article identifies shortcomings in part of the reasoning in RMS No. 70,411/RJ, which, however, do not undermine the recognition of victims' right of access to criminal investigations.*

Keywords: *Police inquiry. Binding Precedent n.º 14. Victim. Secrecy. Inter-American Court of Human Rights.*

Introdução

O art. 20 do Código de Processo Penal (CPP) prescreve que o inquérito policial poderá ter o seu sigilo decretado quando necessário à apuração do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Tal disposição tem em vista assegurar a eficácia das investigações, pois a publicização das provas colhidas pode tornar inútuas inúmeras diligências.

Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF) sedimentou o entendimento de relativização do referido sigilo para garantir o acesso do investigado ao procedimento investigatório criminal, o que originou a edição da Súmula Vinculante (SV) 14, dispondo o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso

amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Uma interpretação extensiva conferida pelo STJ revelou uma controvérsia com relação à aplicação desta súmula também às vítimas delitivas. Fato é que a participação da vítima na persecução penal encontra-se no centro das discussões de um movimento de sua valorização nas ciências criminais numa perspectiva democrática assentada na dignidade da pessoa humana, constatação que inclusive vem sendo reiteradamente ventilada no âmbito das decisões da Corte IDH.

O STJ decidiu no RMS n 70411-RJ que a SV 14 é aplicável não somente aos investigados, como também às vítimas delitivas e seus familiares, de forma a lhes assegurar o direito de acesso à investigação criminal, restrito aos elementos de prova já documentados.

Perquirir-se-á se o STJ perfilhou esse entendimento ancorado na construção de um raciocínio jurídico com premissas sólidas e utilizando-se de argumentações válidas para aplicar a SV 14. Ademais, também serão analisados outros fundamentos da referida decisão, especialmente o entendimento consolidado pela CIDH que reconhece que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também é direito das vítimas da criminalidade, devendo todos os órgãos do sistema de justiça criminal zelar pelo seu respeito.

Analisaremos a finalidade do sigilo do inquérito policial e os precedentes que deram origem à sua relativização por meio da SV 14. Em seguida, averiguaremos a evolução histórica do papel da vítima na persecução penal, até o seu reconhecimento enquanto destinatária da dignidade da pessoa humana e detentora do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, fazendo um cotejo com as decisões da CIDH e as obrigações estatais de proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, é realizada uma análise hermenêutica do RMS nº 70411-RJ do STJ, buscando verificar os seus fundamentos de interpretação para a identificação da *ratio decidendi* à luz dos precedentes da Súmula Vinculante nº 14 e da CIDH.

A justificativa da relevância temática ocorre porque, não havendo dispositivo legal que garanta o acesso da vítima ao inquérito policial sigiloso, é importante que se analise os fundamentos hermenêuticos que permitem assegurar esse direito. Além disso, a dimensão prática do presente estudo se revela na importância do RMS nº 70411-RJ do STJ, que poderá servir de precedente valioso para outros casos concretos. A metodologia utilizada foi a investigação do tipo documental-bibliográfica, com abordagem qualitativa, descritiva e exploratória quanto aos objetivos.

1 O sigilo do Inquérito Policial e a Súmula Vinculante N° 14

O inquérito policial consiste em um procedimento administrativo de natureza investigatória, instaurado e conduzido pela Polícia Judiciária, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, que tem por objetivo averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, podendo subsidiar ou não o exercício de uma ação penal¹.

O CPP trata do inquérito policial como um procedimento inquisitivo preparatório da ação penal que visa apurar fatos de uma infração penal por meio de diligências. Em que pese seu caráter inquisitivo, com a consequente ausência da ampla defesa e do contraditório pleno, nos padrões e com a intensidade inerentes ao processo jurisdicional, é assegurado ao indiciado e ao ofendido a possibilidade de requerer diligências no curso das investigações, consoante se extrai da leitura do art. 14 do CPP².

Com o objetivo de resguardar a eficiência do inquérito policial, o art. 20 do CPP dispõe que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à apuração do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, uma vez que a divulgação de informações acerca dos elementos probatórios colhidos pode levar à ocultação ou destruição de provas, tornando inútuas inúmeras diligências, dificultando ou até mesmo impossibilitando o êxito das investigações. A regra que impõe o sigilo das investigações tem por objetivo principal permitir a colheita isenta das provas, bem como preservar a integridade moral e econômica das pessoas que possam ser alcançadas com a apuração, de modo a garantir que a investigação não sofra interferências externas que possam comprometer seu bom andamento³.

Porém, o sigilo do inquérito policial não é absoluto, não sendo oponível, por uma decorrência lógica do sistema processual penal, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Já em relação à defesa dos investigados, a jurisprudência das Cortes Superiores caminhou para sedimentar o caráter relativo desse sigilo em relação às diligências findas e já documentadas no inquérito policial⁴.

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 137.

² Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

³ MARCÃO, Renato F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª edição, 2021, p. 60.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma) Habeas Corpus 88.190 – Rio de Janeiro. ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC

No que pertine às investigações policiais sigilosas que ainda não integrem o bojo do procedimento, ainda não documentadas nos autos, é possível a negativa de acesso à defesa. Assim, o direito do investigado deve ter por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às da execução de diligências em andamento, de modo a não prejudicar a devida eficácia do procedimento investigatório.

A jurisprudência e a doutrina vêm apontando duas dimensões do sigilo: 1) sigilo interno e 2) sigilo externo. Sigilo interno é aquele que se impõe em relação ao investigado e seu defensor, e alcança apenas diligências realizadas em termos de investigação preliminar, sobre as quais a defesa poderá ter acesso após sua materialização em inquérito. Sigilo externo é aquele que impede a publicidade dos atos de investigação e inquérito em relação a terceiros; impede a publicidade difusa⁵.

E para cessar a violação ao direito de acesso profissional aos autos de inquérito, os Tribunais já admitiam a impetração de *habeas corpus* ou de mandado de segurança. Desde a edição da SV 14, se houver violação a tal garantia, oportuniza-se a utilização do instrumento da reclamação junto ao STF, mas, na prática, continua comum e admitida junto aos Tribunais a impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança, evidentemente mais céleres⁶.

O STF⁷ vem reconhecendo o direito de acesso à informação até mesmo em procedimentos investigatórios sob o regime de sigilo da Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), aplicando a SV 14.

Ao aplicar a SV 14, o STF vem entendendo que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado⁸. Da análise do histórico de decisões que deram origem à SV 14, bem como de sua aplicação em casos posteriores à sua edição, verifica-se um direcionamento voltado basicamente a garantir os direitos de indiciados/investigados e seus defensores de acesso aos elementos de prova do inquérito

concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte. Voto do rel. min. **Cezar Peluso**, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁵ MARCÃO, *op. cit.*, p. 65.

⁶ MARCÃO, *op. cit.*, p. 65.

⁷ Pet 5.700, rel. min. **Celso de Mello**, dec. monocrática, j. 22-9-2015, DJE 190 de 24-9-2015.

⁸ HC 127.483, rel. min. Dias Toffoli, voto do min. Celso de Mello, P, j. 27-8-2015, DJE 21 de 4-2-2016.

policial que digam respeito ao exercício do direito de defesa, deixando à margem da discussão o direito de acesso da vítima.

Os artigos 268 e 269 do Código de Processo Penal preveem que o ofendido poderá intervir em todos os termos da ação pública como assistente do Ministério Público, podendo ser admitido enquanto não transitar em julgado a sentença.

Para Nucci ⁹, o assistente do Ministério Público é a posição ocupada pelo ofendido, quando ingressa no feito, atuando, ao lado do Ministério Público, no pólo ativo, como parte secundária na relação processual por meio de uma intervenção acessória e não obrigatória.

Porém, o CPP não dispõe acerca do referido direito na fase de investigação pré-processual, porquanto ausente sua previsão legal, inviabilizando, *a priori*, a admissão do assistente na fase investigatória. Nesse sentido, Nucci ¹⁰ pontua que “durante o curso do inquérito policial, não se admite o ingresso de assistente de acusação, pois não há interesse algum do ofendido em participar das investigações preliminares ao eventual processo”.

O papel da vítima atuando como assistente do Ministério Público não mais pode ser analisado como o mero intuito de conseguir a sentença condenatória, para que sirva de título executivo judicial para fins de reparação do dano, mas pode sim cooperar na repressão do crime, o que não transforma a sua posição de assistente em oponente, nem expressa a consagração do direito de vingança ¹¹.

Ora, mas se o sigilo do procedimento investigatório tem como objetivo precípuo exatamente possibilitar uma persecução penal mais eficiente e segura, como opô-lo à vítima, justamente uma das principais interessadas no desfecho exitoso desse procedimento? Desta feita, importante ser rediscutido o papel esquecido da vítima na persecução penal, enquanto sujeito de direitos fundamentais.

2 O “redescobrimento” da vítima

Durante a fase em que predominavam a autotutela e a vingança privada, a vítima procurava fazer justiça com as próprias mãos ou, muitas vezes, sustentava a acusação, o que gerou certo sentimento popular de hostilidade à sua figura e um processo gradual de exclusão ¹².

⁹ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 642.

¹⁰ NUCCI, *op. cit.*, p. 645.

¹¹ NUCCI, *op. cit.*, p. 642.

¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 9ª Edição, 2021, p. 54.

Com o declínio da justiça criminal privada e a transferência do monopólio do *jus puniendi* para o Estado a partir do século XVII, foi ocorrendo um processo de abandono da vítima, passando a ser utilizado um modelo de processo com a base principal em ações públicas. Conduta que prevalece até hoje, uma vez que se verificam poucas ações penais de natureza privada, bem como poucas e pálidas possibilidades de interferência da vítima no processo penal¹³.

A vítima converteu-se em um mero sujeito passivo do delito, ou seja, titular do bem jurídico ou do interesse ofendido ou ameaçado de ofensa, mas despidido de uma participação mais efetiva no processo penal. Sobre esta nova feição que assumiu o processo penal com relação ao tratamento conferido à vítima, Guilherme Costa Câmara¹⁴ aponta que, com a referida transformação da repressão criminal, o papel da vítima passou a ser cada vez mais secundário, quando muito, no que respeita ao processo criminal, testemunha de acusação ou ator civil; já no que pertine ao Direito Penal, a de mero sujeito passivo ou objeto material do delito.

Diante desse processo histórico, evidencia-se a necessidade de se conferir um novo tratamento à vítima, tanto no plano internacional como no nacional, que deve perpassar obrigatoriamente pela premissa de seu reconhecimento como sujeito de direitos fundamentais.

2.1 O reconhecimento da vítima como sujeito de direitos fundamentais

A normativa processual penal detém uma singular preocupação em resguardar os direitos do incriminado, notadamente em virtude das pesadas consequências ínsitas às sanções penais. Não se descarta que as normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal e as atividades persecutórias do Estado se revestem de especial relevo, sendo imperioso que se observem o devido processo legal, a ampla defesa, contraditório, em suma, que as garantias do investigado/acusado sejam respeitadas. Porém, a persecução penal também deve ter seu olhar voltado aos direitos das vítimas, pois se trata fundamentalmente de mecanismo de efetivação da dignidade da pessoa humana, que não se esgota apenas na figura do incriminado.

O redescobrimento da vítima é fruto de um movimento iniciado após a 2ª Grande Guerra Mundial, como uma resposta às atrocidades que atingiram inúmeros grupos de vulneráveis. Antes esquecida pela criminologia, a vitimologia surge umbilicalmente atrelada ao reconhecimento universal dos direitos humanos, alicerçada

¹³ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal – Orientado para a Vítima de Crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

num Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana¹⁵.

Nessa ordem de ideias, José Eduardo Lourenço dos Santos e Ellim Fernanda Silva Ferrarezi¹⁶ discorrem que o Estado deve conferir à vítima maior amparo, respeitando-a como sujeito de direitos e não apenas mero objeto de prova no processo, só assim o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à vítima será observado.

A evolução histórica do papel da vítima, do protagonismo em tempos de vingança privada à figura neutralizada pela força estatal que a convolou em mera fonte probatória até o período do seu redescobrimento, foi determinante para uma guinada copernicana de reposicionamento da vítima em vários ordenamentos jurídicos no mundo. Nas palavras de Luciano Mariz Maia¹⁷, “vitimologia e direitos humanos, portanto, realizam esforços de inclusão das vítimas de violações de direitos, fortalecendo seus papéis de protagonistas de sua própria história, e lutando para realização de justiça social”.

Ante esse panorama de revalorização do papel da vítima, a abrangência do seu conceito também vem sofrendo mudanças. Desde a concepção tradicional extraída da literatura jurídico-penal, o termo vítima era empregado como sinônimo de parte ofendida, considerada sujeito passivo do delito que é diretamente afetado por ele¹⁸, até chegar-se a uma concepção moderna trazida pela Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder:

Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e qualquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo vítima, inclui, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima e as pessoas que

¹⁵ SANTOS, José Eduardo Lourenço; FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. Correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a reparação de danos por parte do estado às vítimas de crimes. **Arquivo Jurídico**. Teresina-PI. v. 2. n. 1. jan/jun. 2015. p. 236.

¹⁶ SANTOS; FERRAREZI, *op. cit.*, p. 236.

¹⁷ MAIA, Luciano Mariz. Palestra. Vitimologia e Direitos Humanos. **II Conferência Internacional de Direitos Humanos**, da Ordem dos Advogados do Brasil. Teresina-PI. 12 de out. de 2003.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. O Problema da Vítima. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. vol. 1. jun. 2012, p. 854.

tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização (ONU, 1985).

Portanto, a questão da preservação dos direitos humanos das vítimas de delitos perpassa necessariamente pela superação da ideia clássica que a considera uma mera fonte de informação/probatória, pois deve-se entender que o sujeito passivo de um delito é uma pessoa que merece ser acolhida e ter reafirmados seus direitos de pessoa humana, os quais sofreram violações graves de direitos ditos fundamentais para o convívio social¹⁹.

Nessa conjuntura, a configuração atual do sistema positivo penal que vise à proteção eficiente das vítimas é uma das maiores preocupações, não somente dos operadores do direito, mas especialmente da sociedade brasileira.

Na verdade, a vítima é a principal interessada no escoeito e célere desfecho do processo-crime, vez que é esta, via de regra, quem suporta diretamente as consequências do delito e tem seus direitos violados. Fato é que a vítima ainda não tem ocupado um lugar de destaque no cenário jurídico-penal brasileiro, e muitas vezes isso faz emergir um sentimento de descrença nas instituições e de injustiça ante o longo e tortuoso caminho não só para a aplicação da punição ao infrator, como também na própria reparação do dano sofrido e de vários outros aspectos sensíveis de sua tutela.

Corroborando a assertiva de que o ordenamento jurídico brasileiro dispensou pouca atenção à figura da vítima, a própria CF apenas conferiu tratamento às vítimas de crimes em seu artigo 245²⁰, permanecendo o legislador omissso na sua obrigação de regulamentar tal dispositivo, deixando de conferir tratamento digno a esta categoria de pessoas.

Nessa toada, a legislação processual penal, salvo poucas exceções, igualmente não atribui à vítima um papel mais atuante no sistema jurídico penal. Não se pode deixar de pontuar que houve alguns tímidos avanços na criação de regras de proteção legal da vítima nos últimos anos, como por exemplo: a) a Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que criou direitos processuais para as vítimas (art. 201, §2º do Código de Processo Penal); b) a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência c) a Lei nº 13.505, de 08 de novembro de 2017, que dispõe sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento

¹⁹ BURKE, Q. **Vitimologia: manual da vítima penal**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 110.

²⁰ Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino.

Ante o que foi mencionado, é necessário alargar os horizontes para o efetivo reconhecimento da vítima como sujeito de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto diretriz inarredável de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH tem trazido importantes contribuições com relação à proteção dos direitos humanos das vítimas e a importância do respeito a sua dignidade frente à constatação de um cenário de uma persecução penal ineficiente no Brasil.

2.2 Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH

Na seção anterior, esboçaram-se algumas premissas básicas para o reconhecimento da vítima enquanto sujeito de direitos fundamentais. Mas será que a vítima do crime, que suportou diretamente os gravames da conduta ilícita, pode ter sua dignidade resguardada sem os mecanismos adequados que possibilitem sua participação numa persecução penal rápida e eficiente?

Ora, quando se cria entraves para o acesso à justiça da vítima, evidentemente a efetivação dos seus direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados é comprometida, de modo a fazer tábula rasa de um dos principais fundamentos de um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

As repercussões de uma persecução penal tardia e inefetiva podem ser devastadoras para a vítima, com consequências que vão desde a ausência ou retardo na punição ao infrator e da reparação pecuniária até processos de revitimização impostos pelo sistema criminal. Como já mencionado no presente trabalho, a realidade brasileira de demora excessiva na entrega da prestação jurisdicional, bem como de uma legislação deficitária no que pertine à proteção da vítima, são entraves para a concretização de direitos fundamentais.

Essa perspectiva de ineficiência do sistema criminal brasileiro no efetivo amparo às vítimas vem trazendo graves consequências para o Estado brasileiro, inclusive no cenário internacional, diante das inúmeras condenações que o Brasil vem sofrendo na Corte IDH. Desde 2006, o Estado brasileiro vem acumulando mais de uma dezena de condenações, fulcradas basicamente pelos mesmos motivos, ineficiência da persecução penal, impunidade dos agentes violadores de direitos humanos e desamparo às vítimas.

No âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, predomina amplamente a posição de que o direito fundamental de acesso à justiça e à duração razoável do processo também é direito das vítimas da criminalidade,

devendo todos os órgãos do sistema de justiça criminal zelarem pela sua observância. Nesse sentido, a CIDH entende que a demora na persecução penal significa novo motivo (além da ofensa gerada pela própria conduta delitiva praticada pelo particular) de ofensa aos direitos humanos das vítimas de crimes e a seus familiares, causada pelos Estados.

Em sentença prolatada em 20 de outubro de 2016, no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, a Corte afirmou que o direito de acesso à justiça significa que a solução da controvérsia ocorra em um tempo razoável, já que uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais. Ademais, decidiu que o “prazo razoável” deve ser avaliado em relação à duração total do procedimento que se desenvolve até o proferimento da sentença definitiva²¹.

Neste mesmo sentido, no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, sentença proferida em 16 de fevereiro de 2017²², com relação ao suposto descumprimento da garantia judicial do prazo razoável no processo penal, a Corte, mais uma vez, reafirmou a adoção de alguns critérios já consolidados em sua jurisprudência sobre a matéria:

217. Quanto à celeridade do processo, este Tribunal salientou que o “prazo razoável” a que se refere o artigo 8.1 da Convenção deve ser apreciado em relação à duração total do procedimento que se desenvolve até que se profira a sentença definitiva. O direito de acesso à justiça implica em que a solução da controvérsia se dê em tempo razoável, já que uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais. 218. A respeito do suposto descumprimento da garantia judicial de prazo razoável no processo penal, a Corte examinará os quatro critérios estabelecidos em sua jurisprudência na matéria: i) a complexidade do assunto; ii) a atividade processual do interessado; iii) a conduta das autoridades judiciais; e iv) o dano provocado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

Ainda neste julgado, a Corte verificou que o Estado brasileiro não oferece

²¹ Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 36: Jurisprudência sobre o Brasil / Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, C.R. Corte IDH, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf. Acesso em 06 de mai. 2023.

²² Cf. Caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em 20 de abr. 2025.

nenhum marco legislativo que garanta a participação das partes na fase de investigação pela polícia ou pelo Ministério Público. Nessa linha argumentativa, asseverou-se, no parágrafo 238 da decisão, que:

(...) a vítima no processo penal brasileiro tem uma posição secundária e é tratada como mera testemunha, carecendo de acesso à investigação. A falta de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro impede a possibilidade de que as vítimas ou seus familiares participem ativamente da fase de investigação, limitando-as à fase judicial.

Ademais, a sentença de mérito determinou que "o Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos [...]".

Já no julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia), a CIDH salientou que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares devem contar com amplas possibilidades de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto à procura do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, como em busca de uma devida reparação²³.

Assim, a CIDH vem expressando, de maneira reiterada, que os Estados são obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos, cuja tramitação observará as regras do devido processo legal, bem como a aplicação da duração razoável do processo na fase investigativa. Instrumentos que visem garantir sua efetividade e os meios legais necessários à vítima para participar durante o processo de investigação.

Todavia, uma das principais causas para a omissão ou falha no dever de responsabilizar violadores de direitos humanos no Brasil é justamente a resistência dos agentes políticos nacionais de aplicar o direito internacional dos direitos humanos no âmbito de suas respectivas competências, com fulcro na soberania do país e na supremacia da Constituição²⁴.

Atento à importância do contexto dessas condenações, o CNJ, recentemente, recomendou aos tribunais a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte IDH,

²³ Corte IDH. Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 139. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 20 de abr. 2025.

²⁴ MESQUITA CEIA, Eleonora. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan-fev-mar/2013.

bem como a necessidade de adoção do controle de convencionalidade das leis internas (Recomendação n. 123/2022).

Estes julgados da CIDH podem e devem ser recebidos pelo Brasil como argumento de reforço ao dever de proteção dos direitos humanos das vítimas, representando, por conseguinte, uma poderosa ferramenta na reestruturação do sistema criminal de Justiça e norte seguro para a interpretação e compreensão do amplo campo de eficácia dos direitos fundamentais, especialmente sobre a garantia de acesso a justiça das vítimas no contexto de procedimentos investigatórios criminais.

3 O RMS N° 70411-RJ à luz dos precedentes do STF e da Corte IDH

Diante da constatação de uma lacuna do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao direito de acesso à investigação criminal pela vítima e seus familiares, que foi inclusive reconhecida nas retrocitadas decisões da Corte IDH, tal questão foi objeto de apreciação recentemente no Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento proferido em 18/04/2023, no Recurso em Mandado de Segurança n. 70411 - RJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, o STJ deu provimento ao recurso para garantir o direito de acesso dos familiares das vítimas aos elementos de prova já documentados em investigação policial sigilosa, utilizando-se como base, inclusive, preceitos estabelecidos pela SV 14. Trata-se do inquérito policial instaurado para investigar os autores mediatos e a motivação do homicídio de Marielle Franco e Anderson Silva, fato que teve ampla repercussão nos meios de comunicação em todo o Brasil.

Em uma breve retrospectiva do processo, o Juízo de primeiro grau e o Tribunal *a quo* negaram o acesso dos familiares da vítima ao inquérito, com fulcro, em síntese, na ausência de previsão legal, asseverando que o sigilo é necessário para o sucesso das investigações, com o objetivo de garantir a correta elucidação dos crimes, não aplicando o teor da Súmula Vinculante n° 14 do STF ao assistente de acusação:

Mandado de Segurança. Negativa de acesso à assistente de acusação a Inquérito Sigiloso, no qual se apura os mandantes dos assassinatos da vereadora Marielle Franco e de Anderson Silva. Impetrantes familiares da vereadora pretendem ter acesso às peças do Inquérito Policial n° 921.00266/2019, e seus apensos sigilosos. Decisão indeferiu o acesso às peças do Inquérito Policial à assistente da acusação não viola o direito de acesso aos autos, pela assistente de acusação. O direito reconhecido na súmula vinculante n° 14, do e. Supremo Tribunal Federal não se estende

ao assistente de acusação. Artigo 268 do Código de Processo Penal prevê que o assistente de acusação somente atua no processo de conhecimento a partir do recebimento da denúncia. Inquérito policial sem indiciados ou prova de um possível autor intelectual dos crimes. O inquérito ainda está em curso, sem acusação formal, apenas investigações, cujo sucesso, depende, em boa parte, do sigilo das diligências em andamento, conforme art. 20 do Código de Processo Penal. Negada a segurança.

Já o STJ, por meio do voto da lavra do Ministro Rogério Schietti, assentou, dentre outros argumentos, a premissa de que a escolha hermenêutica do STF pela palavra "representado", contida no enunciado da SV 14, confere amplitude subjetiva para albergar não apenas o investigado, como também outras pessoas interessadas no caso em apuração, em particular a vítima da ação delitiva.

Portanto, resta claramente configurada uma problemática com relação à interpretação que se confere ao conceito jurídico indeterminado da expressão “representado”, para verificar se pode alcançar além do investigado, a vítima e consequentemente seus familiares.

A interpretação tem por finalidade precípua fornecer ao jurista o conteúdo de determinado conceito jurídico, manifestado por meio da indicação das conotações conceituais, bem como o seu alcance, manifestado por meio da apresentação de grupos de casos individuais que possam subsumir ao conceito jurídico²⁵.

Em que pese o significado não se encontrar incorporado ao conteúdo das palavras, porquanto é constituído pelo uso e no processo de interpretação, isso não redundará na consequência de que não haja “significados mínimos”. De fato, o intérprete, portanto, não apenas constrói, mas também reconstrói os significados incorporados ao uso e construídos comunitariamente²⁶.

Antes de adentrar na temática acerca da interpretação do conceito da expressão “representado” contida na SV 14, uma primeira questão deve ser enfrentada: os critérios hermenêuticos adotados pelo intérprete para realizar o devido preenchimento do conteúdo e a determinação do significado das palavras empregadas em um texto legal são os mesmos empregados num enunciado jurisprudencial?

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro adotar predominantemente o sistema da *civil law*, os precedentes judiciais vêm assumindo um papel cada vez mais relevante na argumentação das decisões judiciais, resultando na adoção de

²⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 11ª Edição, 2014, p. 126.

²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2007, p. 32.

determinados parâmetros derivados da “doutrina dos precedentes”²⁷.

O processo “subsuntivo-interpretativo” do fato à norma e do fato ao precedente, na realidade, não traz diferenças substanciais, ainda que tratemos de países que adotem o sistema da *commom law* ou da *civil law*. Nesse sentido, Thomas Bustamante²⁸ afirma que ainda que se reconheça um grau maior ou menor de liberdade do juiz na *commom law* ou na *civil law*, é evidente que o tipo de processo interpretativo realizado pelo juiz ao criar regras individuais com fundamento em regras gerais é qualitativamente o mesmo, estando o juiz metodologicamente livre para decidir.

Maccormick²⁹ defende não haver diferenças entre os modelos da *common law* e *civil law* no que pertine à argumentação jurídica, porquanto em ambos a justificação das decisões envolve elementos dedutivos e retóricos, com a prevalência de um ou outro tipo de raciocínio de acordo com o caso concreto. Portanto, a interpretação a ser conferida aos precedentes se realiza basicamente da mesma maneira que a das leis, podendo inclusive utilizar o critério da subsunção dos fatos, sendo ambas de ordem dedutiva e argumentativa.

O precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos. É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da argumentação jurídica essencial assentada na motivação da decisão, a chamada *ratio decidendi*. A fundamentação de uma decisão tem argumentos que são essenciais ao deslinde da causa e outros que são utilizados apenas de maneira periférica, acessória, sendo estes últimos denominados de *obiter dicta*³⁰.

Registre-se que a súmula não se confunde com o precedente, mas para ser aplicada, precisa ser interpretada a partir dos precedentes que permitiram a sua criação. Através da seleção de aspectos do caso concreto a ser julgado, devem ser extraídos os mais relevantes no cotejo analítico com o caso precedente, resultando numa aplicação uniforme do direito. De acordo com Rodrigo Pereira Moreira³¹, para a aplicação de um precedente é necessária uma dupla interpretação, uma dirigida aos fatos para

²⁷ PIRES, T. I. T. A teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista de Direito Público**, 2020, p. 63.

²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Imprensa Noeses, 2012, p. 103.

²⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 60.

³⁰ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paulo Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2, Salvador: Editora JusPodivm, 4ª edição, 2009, p. 381.

³¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Distinção (distinguishing) e confronto analítico no cabimento do recurso especial por divergência de precedentes. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.

encontrar o precedente aplicável ao caso similar, e outra dirigida às próprias razões de decidir para descobrir a norma generalizável do precedente que possa ser aplicada aos casos posteriores.

Assim, o STF, ao editar a SV 14, cita uma série de precedentes que a fundamentam³². Da análise destes julgados, infere-se que apenas os direitos do indiciado de acesso às investigações são resguardados, mas será que tal fundamento acerca do sujeito detentor do direito integra a *ratio decidendi*? Restaria inviável alargar o conceito de representado para utilizar a subsunção da situação fática para albergar a vítima?

A resposta a essa indagação não é tão simples como à primeira vista poderia parecer ao se aplicar um *distinguishing*³³ e extirpar a aplicação dos referidos precedentes. A distinção ocorre quando se verifica que o caso concreto que está sendo decidido não se amolda ao precedente invocado. Ausente a semelhança dos fatos trazidos no precedente e aquele julgado no processo, não é possível transpor a razão de decidir de uma situação para a outra³⁴.

Não é uma missão fácil identificar a *ratio decidendi*, os elementos discursivos dotados de caráter vinculante nos precedentes, com capacidade para se tornarem uma regra passível de universalização e aplicável a outros casos similares. Pode existir, inclusive, uma pluralidade de *rationes decidendi* em um mesmo caso concreto³⁵. Há que se perquirir os padrões decisórios resultantes da argumentação dos juízes.

MacCormick explica que se o assunto trazido em um novo caso é semelhante ao que foi veiculado em caso anterior, ele deve ser acomodado por meio de raciocínios, igualmente, assemelhados, mesmo contendo algumas particularidades adicionais³⁶. Há que se aplicar o teste do princípio que fundamentou a primeira decisão, buscando-se determinar, no contexto empírico do respectivo julgamento, os raciocínios genéricos que o conduziram, tendo a analogia papel destacado nesse raciocínio jurídico.

³² Precedentes: HC 91684 Publicação: DJe nº 71 de 17/04/2009 HC 92331 Publicação: DJe nº 142 de 01/08/2008 HC 88520 Publicação: DJe nº 165 de 19/12/2007 HC 90232 Publicação: DJ de 02/03/2007 HC 88190 Publicação: DJ de 06/10/2006 HC 87827 Publicação: DJ de 23/06/2006 HC 82354 Publicação: DJ de 24/09/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>

³³ De acordo com Bruno Garcia Redondo: “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando há diferença entre o caso concreto em exame e o paradigma anterior, seja porque inexistente coincidência com os fatos que a embasaram a *ratio decidendi*, seja porque, a despeito de eventual aproximação entre eles, há alguma peculiaridade no caso em julgamento que impõe a não aplicação do precedente”. (REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. Revista de Processo, vol. 217, mar., 2013).

³⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Distinção (*distinguishing*) e confronto analítico no cabimento do recurso especial por divergência de precedentes. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.

³⁵ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 271.

³⁶ PIRES, *op. cit.*, p. 66.

No que tange à interpretação conferida pelo STJ visando conferir uma amplitude a palavra “representado”, estendendo-a ao ofendido, infere-se que vem desacompanhada da análise da *ratio decidendi* e dos pressupostos fático-jurídicos dos precedentes da súmula, por via de consequência não percorre o caminho do raciocínio acerca das posições universais tidas como fundamentos da decisão.

Vale destacar que a expressão “representado” vem intrinsecamente relacionada ao investigado: a própria súmula menciona que objetiva garantir seu exercício de direito de defesa, não podendo ser extraído o seu significado de maneira isolada, dissociada dos pressupostos fático-jurídicos insertos nos precedentes que colmataram a edição da súmula.

Inobstante tal análise, perfeitamente possível a vítima nomear um representante para defender seus interesses, como já visto na primeira seção deste trabalho, mas que atuará dentro das balizas legais e consolidadas na jurisprudência. Não se está aqui a repelir o reconhecimento dos direitos das vítimas, mas a tentar edificar um caminho para uma argumentação jurídica coerente.

Ao tratar acerca da necessidade da explicitação dos pontos de partida teóricos na argumentação jurídica, Virgílio Afonso da Silva³⁷ aponta que o problema principal na análise do caso concreto está na ausência de explicitação, na decisão judicial, das premissas de que se parte, ou qual é a teoria dos direitos fundamentais que fundamenta a interpretação em questão, ou, ainda, quando há falta de honestidade na exposição dessas premissas.

Ao analisar a SV 14 do STF e os seus respectivos precedentes, parece evidente que o objetivo é garantir o direito de acesso do indiciado ao inquérito policial com o fito de lhe assegurar sua defesa, integrando assim a *ratio decidendi*, de modo a afastar aplicação da súmula aos direitos da vítima. Todavia, essa conclusão não invalida a decisão do STJ sobre a matéria, uma vez que foram utilizados outros argumentos para se concluir pelo direito das vítimas de acesso ao inquérito, notadamente as decisões da CIDH.

Os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e as inúmeras decisões da CIDH, reconhecendo a vítima como sujeito de direitos fundamentais relativos a uma tutela jurisdicional efetiva, são plenamente aptos a justificar a decisão que possibilita o direito da vítima a ter acesso aos elementos de provas já documentados no inquérito policial.

A Corte IDH reconheceu, em diversas oportunidades, que o direito fundamental

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade na Interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.), **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, pp. 363-380.

a uma tutela jurisdicional efetiva se trata de um direito humano das vítimas de crimes e dos seus familiares, não podendo, os órgãos do sistema de justiça admitir a sua inobservância.

Ora, a restrição ao direito fundamental da vítima a uma tutela jurisdicional efetiva, por meio da omissão dos poderes públicos, aí incluídos não somente o Legislativo que não disciplinou de maneira expressa tal garantia no ordenamento jurídico, mas também o próprio Judiciário nos casos em que não permite o acesso da vítima à Justiça acaba por afetar perniciosamente o conteúdo do direito fundamental.

Isso dificulta e até mesmo pode impedir o acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, bem como revela um descumprimento dos deveres de proteção impostos ao Estado.

Com efeito, os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional vinculam o Estado ao cumprimento de determinadas prestações normativas e materiais. Assim, os deveres de proteção do Poder Estatal atuam na defesa do indivíduo contra lesão ou ameaça de terceiros, porquanto implicam numa prestação, a qual exige atuações positivas do Estado³⁸.

Assim, consoante as lições de Eduardo Rocha Dias³⁹, a afirmação dos direitos fundamentais afasta do âmbito de disponibilidade do legislador e dos demais poderes uma série de matérias, reduzindo sua discricionariedade e vinculando o Estado no sentido de concretizá-los.

Nessa linha, o voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti, destaca que o sigilo do inquérito não pode ser evocado para obstaculizar direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Ademais, o julgamento proferido pelo STJ referencia e enfatiza vários precedentes da CIDH, que foram analisados na seção anterior, estes sim aptos a sempre aplicados ao referido caso uma vez que são expressos e taxativos, não demandando um esforço interpretativo substancial, e também foram determinantes para o provimento do recurso, sendo inclusive enaltecida a importância do estado brasileiro em acatar e incorporar às suas instituições protocolos e tratados internacionais de Direitos Humanos, e em adimplir, satisfatoriamente, sentenças proferidas pela CIDH:

³⁸ DA SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais**. Lisboa: Editora Universidade Católica 2015, p. 64.

³⁹ DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 13, p. 77-93, mar. 2007.

Cumpra rememorar que, quando existe uma sentença internacional – como na espécie – ditada com caráter de coisa julgada em relação a um Estado que haja sido parte no caso submetido à jurisdição da Corte Interamericana, “todos os seus órgãos, incluídos seus juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, também estão submetidos ao tratado e à sentença desse Tribunal, o qual os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim [...] É dizer, nesse caso, está presente a coisa julgada internacional, em razão da qual o Estado é obrigado a cumprir e a aplicar a sentença”

Nesse aspecto da consideração das decisões da CIDH, a fundamentação desenvolvida pelo STJ é coerente e aplicável ao caso concreto do RMS 70411, não se revelando o contexto antes mencionado na aplicação da Súmula Vinculante nº 14 de interpretação de expressões vagas e imprecisas e de distinções relevantes.

Em arremate, como observa Bustamante⁴⁰, a centralidade do direito não reside nos textos legislativos, nos precedentes judiciais, nas categorias doutrinárias, nem nos fatos, e sim nas estratégias de argumentação jurídica, ou seja, o “domínio do direito” reside nos testes interpretativos. Resulta fundamental reconhecer que a correção da decisão judicial depende de uma eficiente argumentação e do consenso entre os interessados de que a escolha do método na determinação do direito conduz a uma solução racionalmente aceitável e coerente.

Conclusão

Após a análise acerca do sigilo do inquérito policial, do processo de “redescobrimiento da vítima” e dos julgados recentes a esse respeito, conclui-se, inicialmente, que as vítimas gozam de dignidade, cujo reconhecimento resvala diretamente na respectiva necessidade de proteção de seus direitos fundamentais; mas que, em que pese tal proteção, o ordenamento jurídico pátrio tem se mostrado ineficiente ou omissor acerca de diversos direitos a elas garantidos no âmbito da persecução penal, notadamente quanto ao direito de acesso à procedimento investigatório criminal sigiloso.

Isso se deve ao fato de que, na ambiência do sistema de justiça criminal brasileiro, verificar-se que este detém predominantemente suas atenções direcionadas ao fato delitivo e ao autor da conduta ilícita, desprestigiando, salvo algumas exceções, os

⁴⁰ BUSTAMANTE, Thomas. On Maccormick’s post-positivism: comment on Karen Petroski’s ‘ispost-positivism possible?’ *German Law Journal*, Washington, v. 12, 2011, p. 693-727, 2011.

direitos da vítima e de seus familiares. Todavia, este panorama tem gradativamente se modificado frente a um movimento de valorização da vítima na dogmática jurídico-penal, de forma a conferir uma maior participação desta na persecução penal.

Assim, resta claro que o panorama brasileiro de desvalorização dos direitos da vítima demanda respostas estatais que, especialmente pautadas na consideração da dignidade da pessoa humana dos sujeitos ofendidos pelas violações, sejam capazes de garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse diapasão, analisou-se a decisão proferida pelo STJ no RMS nº 70411 – RJ, demonstrando-se que a mesma teve como *ratio decidendi* basicamente duas fundamentações, uma relativa à aplicação da SV nº 14 do STF e a outra que utilizou os precedentes da CIDH sobre o direito das vítimas, como destinatária também do direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva.

Concluindo-se, que o STJ não percorre um raciocínio jurídico coerente para aplicação da SV 14, não se atentando para os pressupostos fáticos e jurídicos dos precedentes que servem de bússola para a escorreita interpretação e aplicação aos novos casos.

Dessa forma, a pretendida ampliação subjetiva da expressão “representado” não encontra suporte hermenêutico hígido, haja vista que o referido termo vem intrinsecamente relacionado ao investigado, não podendo ser extraído o seu significado sem perquirir os padrões decisórios resultantes da argumentação dos precedentes que serviram de supedâneo para a edição da SV 14.

Mas tal conclusão não invalida a decisão do STJ, porquanto amparada nas decisões da CIDH que foram utilizadas como *ratio decidendi* apta a assegurar o direito de acesso da vítima aos procedimentos investigatórios criminais. De fato, o direito à efetividade na prestação da tutela jurisdicional deve ser atribuído não apenas ao inculminado, mas também à vítima, cabendo ao Estado prover os meios para a satisfação das necessidades básicas e dispor sobre os mecanismos indispensáveis para que se possam tutelar adequadamente os direitos fundamentais, atendendo aos cânones de um Estado Democrático de Direito com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Referências

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. **Decreto n. 678 de 1992. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 19 de mai. de 2025.

- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª Turma - Habeas Corpus 88.190 – Rio de Janeiro. Voto do rel. min. **Cezar Peluso**, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091>. Acesso em 30 ago. 2025.
- BURKE, Q. **Vitimologia: manual da vítima penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, Imprensa: São Paulo, Noeses, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas. **On Maccormick's post-positivism: commenton Karen Petroski's 'ispost-positivismpossible?'** German Law Journal, Washington, v. 12, n. 12, p. 693-727, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1593185>. Acesso em: 22 mai. 2025.
- CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal – Orientado para a Vítima de Crime**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.
- DA SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais**. Editora Universidade Católica. Lisboa. 2015.
- DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 13, p. 77-93, mar. 2007.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paulo Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2, 4ª edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2009.
- DOTTI, René Ariel. O Problema da Vítima. Doutrinas Essenciais Processo Penal. vol. 1. jun. 2012, p. 853 – 862.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, Tradução de J. Baptista Machado, 11ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014.
- KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, W. (ORG.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Trad. de Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2020.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. vol. I. 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAIA, Luciano Mariz. Palestra. **Vitimologia e Direitos Humanos**. II Conferência Internacional de Direitos Humanos, da Ordem dos Advogados do Brasil. Teresina-PI. 12 de out. de 2003.
- MARCÃO, Renato F. **Curso de Processo Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (7th edição). Editora Saraiva, 2021.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **O Brasil é novamente condenado pela Corte Interamericana**. 01 de nov. de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opinioao-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana#_ftn1.
- MESQUITA CEIA, Eleonora. **A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan-fev-mar/2013.

- MENDES, Soraia da Rosa. Série IDP. **Criminologia Feminista Novos Paradigmas**. Minha Biblioteca. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2017.
- MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Distinção (distinguishing) e confronto analítico no cabimento do recurso especial por divergência de precedentes**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana, Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais**. Editora Almedina. Coimbra. 2016.
- NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (19th edição). Grupo GEN, 2022.
- PIRES, T. I. T. (2020). **A teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas**. Revista Do Direito Público, 15(2), 49–70.
- SANTOS, José Eduardo Lourenço; FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. **Correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a reparação de danos por parte do estado às vítimas de crimes**. Arquivo Jurídico. Teresina-PI. v. 2. n. 1. jan/jun. 2015. p. 225-245.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e Objetividade na Interpretação constitucional** in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2021.

