

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1111

(Ano XIV)

(03/09/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR code do Volume 1111



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1111, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 545 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



#### **O “golpe do cartão trocado”: as vítimas podem obter ressarcimento do banco?**

*Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 09.*

### ARTIGOS

#### **Breve estudo sobre aplicação dos princípios da precaução e prevenção como instrumentos para uma agricultura sustentável**

*Antonio Augusto Vilela, 13.*

#### **A senexão como mecanismo de garantia do envelhecimento digno**

*Lais Mello Haffers, 35.*

#### **Alguns aspectos sobre a violência obstétrica**

*Mariana Carla Batista Carrilho, 64.*

#### **Acidente de Trabalho e seus reflexos na Previdência Social no Brasil**

*João Francisco da Silva e Valéria Gaurink Dias Fundão, 79.*

#### **Fatores agravantes da violência doméstica na pandemia no Brasil**

*Jullya Mariany Medrado Nicoletti, 105.*

#### **Crimes Cibernéticos: uma pesquisa bibliográfica sobre as problemáticas enfrentadas diante dos crimes virtuais**

*Patrícia Gomes Rocha, 119.*

#### **O princípio da busca da verdade material aplicado no incidente de desconsideração da personalidade jurídica em execuções fiscais**

*Verônica Marcondes, 132.*

#### **As formas alternativas de resolução de conflitos no direito do consumidor: breve estudo sobre formas alternativas de resolução de conflitos no direito brasileiro**

*Antonio Augusto Vilela, 157.*

**Violência obstétrica: efeitos jurídicos no Direito Penal**

*Adrienne Silva Dorneles, 174.*

**A crise no sistema carcerário e a privatização desse sistema como uma possível solução para a diminuição da massa carcerária brasileira**

*Lucas Ivan dos Santos Vicente, 196.*

**Token não fungível: uma análise acerca dos reflexos para os direitos autorais**

*Bruno da Silva Batalha, 211.*

**Esporte como instrumento de direitos humanos: guerras, apartheid, organização e participação em grandes eventos**

*André Galdeano Simões, 240.*

**Lei nº 11.343/2006: a necessidade de uma diferenciação objetiva entre o uso e o tráfico de drogas frente aos malefícios da subjetividade da norma**

*Caio Sanches Fazzio, 256.*

**O criminal profiling e suas metodologias no auxílio da investigação criminal**

*Leticia Carneiro da Costa Ferreira, 269.*

**Interpretação Constitucional e Legitimidade – O Nascido do Ativismo**

*Nadine Lang da Silva, 288.*

**A importância do Exército brasileiro para a promoção da segurança pública**

*Fernando Silva Nascimento, 313.*

**A Síndrome Da Mulher de Potifar e a relação com direito penal brasileiro**

*Wesley Pereira dos Santos, 326.*

**O crime de terrorismo na perspectiva contemporânea: reflexões críticas à Lei n. 13.260/16**

*Rebecca Scalzilli Ramos Pantoja, 335.*

**Ideologias de Carl Schmitt v. Hans Kelsen: Controle de Constitucionalidade**

*Carmen Ferreira Saraiva, 373.*

**A constitucionalidade do poder de requisição da Defensoria Pública e a importância da interlocução com os órgãos de Segurança Pública: a possibilidade de se defender provando como essencial expressão da ampla defesa**

*Eraldo Silveira Filho, 392.*

**Direitos e responsabilidades na adoção em situação de divórcio**

*Bruno da Silva Amorim, 409.*

**(Im) possibilidade de ajuste de cláusula pro solvendo em contratos de cessão de direitos creditórios celebrados por fundos de investimento em direito creditório**

*Camilla Ellen Aragao Costa, 412.*

**Desafios e propostas de avanços na segurança pública brasileira**

*Luana Almeida Silva, 430.*

**Alimentos do menor na multiparentalidade**

*Ana Gabriela de Aguiar Lima, 443.*

**O direito animal e a inconstitucionalidade da Emenda Complementar nº96/2017**

*Julia Thainá Guimarães Custódio, 456.*

**Apontamentos sobre o nexa causal à luz da teoria da responsabilidade civil**

*Felipe Sammarco Milena, 477.*

**Tomada de decisão apoiada da pessoa com deficiência**

*Priscila Cortez de Carvalho, 500.*

**Sistema de precedentes vinculantes e o novo Código de Processo Civil**

*Rebecca Scalzilli Ramos Pantoja, 510.*

**Direito sucessório perante as mudanças sociais**

*Maria Eduarda de Souza Batista Simonato, 531.*

## O “GOLPE DO CARTÃO TROCADO”: AS VÍTIMAS PODEM OBTER RESSARCIMENTO DO BANCO?

**HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:**  
Advogado, sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia (<https://fidelisadvocacia.com/>), bacharel em Direito pela USP e pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV-SP.

A todo instante consumidores do Brasil inteiro são submetidos a tentativas de golpes financeiros que ocorrem das mais variadas formas. Neste artigo, trataremos sobre o “golpe do cartão trocado”, fornecendo diretrizes concretas que podem ser adotadas pelos consumidores que foram vítimas desta fraude. Em suma, trata-se de artifício astucioso empregado por estelionatários que se camuflam como vendedores ambulantes à espera de uma oportunidade para fraudar suas vítimas.

Na hora de pagar pela mercadoria adquirida, quando o cliente está distraído, o fraudador observa a senha que foi digitada na maquineta e sorrateiramente troca o cartão do consumidor por cartão de terceiro, muitas vezes da mesma bandeira e banco. Há relatos de que integrantes da quadrilha criam uma distração na rua para desviar a atenção da vítima enquanto o golpe é perpetrado (p. ex., inicia-se uma discussão, uma briga, alguém tropeça e cai no meio da multidão, etc.). Tais expedientes dificultam ou impossibilitam que a vítima se dê conta do golpe imediatamente.

Em posse do cartão e senha, rapidamente os estelionatários realizam diversas transações financeiras para extrair o máximo de dinheiro possível da conta bancária do consumidor, antes que ocorra o bloqueio do plástico ou que a vítima tenha chance de perceber o ocorrido e ligue para o banco para cancelar o cartão.

Obviamente, o *modus operandi* dos estelionatários não é único e golpe pode variar caso a caso. Aliás, quando o cliente tem habilitada a função de “pagar por aproximação”, os fraudadores sequer precisam descobrir a senha para implementar o golpe, bastando trocar os cartões das vítimas, em um momento de desatenção.

Frequentemente, quando os clientes descobrem que tiveram seus cartões trocados, já é tarde demais, pois houve concretização de uma série de transações fraudulentas, resultando em prejuízo astronômico. Em situações como estas, as instituições financeiras possuem alguma responsabilidade? E é possível ao consumidor recuperar o que foi perdido? Ambas as indagações serão respondidas abaixo, como base em elementos jurídicos.



Pois bem. É certo que os bancos não podem ser responsabilizados pela guarda do cartão e senha, atribuição que compete exclusivamente ao consumidor. Todavia, se isto é verdade, também é inegável que as instituições financeiras têm o dever de zelar pela segurança da conta bancária dos clientes e dos fundos lá depositados.<sup>1</sup>

Neste panorama, quando as transações fraudulentas são destoantes do perfil de consumo habitual do correntista, é dever do banco bloquear preventivamente as operações, até que se possa verificar mais detidamente a autenticidade das mesmas diretamente com o cliente, seja por telefone, e-mail, SMS, biometria, autenticação via aplicativo, etc.

Ademais, é fato que neste tipo de golpe, as transações ilegítimas costumam ocorrer de maneira sequencial, no mesmo estabelecimento (provavelmente se trata de empresa fantasma cuja conta bancária é destinada a receber o produto do crime), em intervalo de poucos minutos e movimentando elevadas quantias. Tal padrão deveria ser imediatamente identificado pelo sistema de segurança dos bancos, pois a experiência demonstra que o homem médio não costuma gastar altas quantias no mesmo estabelecimento, com intervalo de poucos minutos ou segundos entre cada transação.

E se os bancos não têm um sistema de segurança capaz de detectar este tipo de anomalia na conta do cliente, caracteriza-se aí um defeito do serviço bancário. Nos dizeres de VENOSA, “o serviço é defeituoso quando não fornece segurança para o consumidor”<sup>2</sup>.

O defeito se configura quando o banco não detecta e bloqueia transações de perfil fraudulento (p. ex., operações, sequenciais, de valor elevado, em curto lapso temporal e geralmente no mesmo estabelecimento). Certamente não se pode transferir aos consumidores os prejuízos da não implementação de um sistema de segurança eficaz<sup>3</sup>.

Ora, se as casas bancárias – que auferem lucros bilionários anualmente – não compartilham com os consumidores tais ganhos, é patente que também não podem a eles transferir os riscos inerentes à sua atividade empresarial (p. ex., fraudes).

---

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 7. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 424.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*, v. 2. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 550.

3 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade civil*. 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 544/545.



Na hipótese aqui tratada, a responsabilidade do fornecedor de serviços bancários incide na modalidade objetiva, isto é, independe de culpa<sup>4</sup>. Com efeito, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) prescreve:

*“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

*§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*

*I - o modo de seu fornecimento;*

*II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*

*III - a época em que foi fornecido.”*

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça pacificou que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297) e que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.” (Súmula 479).

Nesta linha de raciocínio, as fraudes bancárias consistem em risco inerente à atividade empresarial exercida pelos bancos, cuja responsabilidade não podem se esquivar, pois se trata de fortuito interno. Sobre o tema, TEPEDINO ensina:

*“Nesse cenário, e considerando que, na sociedade cada vez mais complexa e industrializada, os danos “devem acontecer”, cunhou o conceito de caso fortuito interno, assim entendido o evento que se liga à pessoa ou à organização da empresa, ou seja, aos riscos da atividade desenvolvida pelo agente, e incapaz de exonerá-lo. Afinal, cuida-se de fatos que, embora fortuitos, se encontram contidos no âmbito da atividade em cujo desenvolvimento deu-se o dano. Passou-se, assim, a entender que os danos decorrentes dos eventos relacionados à pessoa ou à empresa do agente se*

---

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pp. 279/280.

*conectam a ela por nexo de causalidade e deveriam por ela ser evitados, razão pela qual deve por eles responder".*<sup>5</sup>

E ainda que possa ter havido descuido por parte do correntista, tal fato não exime as instituições financeiras de zelar pela higidez da conta bancária de seus clientes. Sobre este tema, GONÇALVES leciona que "só se admite como causa exonerativa da responsabilidade a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não a culpa concorrente"<sup>6</sup>.

Em outras palavras, havendo culpas concorrentes (incúria do consumidor na guarda do cartão e falha do banco em não detectar e bloquear transações fraudulentas), persiste a responsabilidade integral da instituição financeira, que não se pode valer da excludente prevista no art. 14, § 3º, II, do CDC.

Em termos concretos, registra-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem reconhecido a tese esposada neste artigo, embora o entendimento não seja unânime. Confira-se:

*"Indenização – Movimentações bancárias não reconhecidas pelo correntista – "Golpe do cartão trocado" – Aplicação da teoria do risco da atividade – Responsabilidade objetiva – Dano material configurado, eis que as transações fogem totalmente ao perfil de consumo do cliente – Dano moral evidenciado – Dever de indenizar inafastável – Cancelamento das compras realizadas no cartão de crédito – Sentença reformada – Recurso provido."*<sup>7</sup>

Aos consumidores que foram vítimas deste golpe, recomenda-se em primeiro lugar o bloqueio do cartão fraudado e lavratura de boletim de ocorrência. Na sequência, com o boletim em mãos, o ideal é formalizar contestação administrativa perante o banco responsável pelo cartão, objetivando-se uma solução amigável para o problema. Havendo negativa do banco em ressarcir o prejuízo, a vítima poderá contratar um advogado especialista em fraudes bancárias para buscar indenização pela via judicial.

---

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*, v. 4. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 110.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.318.

<sup>7</sup> TJSP. Apelação Cível nº 1052382-80.2019.8.26.0100, Des. Rel. Souza Lopes, j. em 22.01.2021.

## **BREVE ESTUDO SOBRE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO COMO INSTRUMENTOS PARA UMA AGRICULTURA SUSTENTÁVEL**

**ANTONIO AUGUSTO VILELA:** Pós graduado em Direito Ambiental, Civil, Constitucional, Consumidor, Famílias e Sucessões, Imobiliário, Notarial e Registral, Previdenciário, Processual Civil pelas instituições "Damásio de Jesus" e "Dom Alberto". Bacharel em Administração e Direito pelas instituições "Faculdade Cidade de Coromandel" e "Fundação Carmelitana Mário Palmerio".

**RESUMO:** A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a todos um meio ambiente equilibrado de acordo com os parâmetros ecológicos, competindo ao Poder Público e à sociedade a sua conservação e proteção para as atuais e vindouras gerações. Assim, o presente trabalho procurou realizar um estudo a respeito da agricultura, sua importância no panorama nacional e mundial, bem como a atual situação da agricultura como atividade econômica, refletindo sobre o seu histórico e os impactos ocasionados por esta ao meio ambiente, uma vez que, sob o método indutivo de abordagem, a partir das averiguações menores para se chegar a deduções mais amplas sobre o tema. Por fim, o presente trabalho teve como objetivo investigar a possibilidade de haver uma agricultura sustentável ao ponderar sobre a utilização dos princípios estabelecidos de Precaução e Prevenção, tornando evidente a necessidade de associar desenvolvimento sustentável e progresso econômico para a obtenção da imprescindível sustentabilidade agrícola e, ao mesmo tempo conquistar a garantida qualidade de vida para a sociedade.

**Palavras-Chave:** Agricultura; Meio ambiente; Princípios da Precaução e Prevenção.

**ABSTRACT:** The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 assures everyone a balanced environment according to ecological parameters, with the Public Power and society in charge of its conservation and protection for current and future generations. Thus, the present work sought to carry out a study about agriculture, its importance in the national and world panorama, as well as the current situation of agriculture as an economic activity, reflecting on its history and the impacts caused by it to the environment, since that, under the inductive method of approach, from the smallest investigations to reach broader deductions on the subject. Finally, the present work aimed to invest the possibility of having a sustainable agriculture when considering the use of the established principles of Precaution and Prevention, making

evident the need to associate sustainable development and economic progress to obtain the essential agricultural sustainability and, at the same time conquer the guaranteed quality of life for society.

**Keywords:** Agriculture; Environment; Principles of Precaution and Prevention.

## INTRODUÇÃO

A temática ambiental é de crescente importância dentro do cenário mundial, atingindo os mais variados aspectos de nossas vidas, entre os quais se inserem o social e o econômico. O social no sentido de buscar se enxergar as implicações que as condições ambientais oferecem ao ser humano em seu convívio diário com outras pessoas, enfim, nas relações interpessoais. E o econômico na análise da riqueza gerada ou perdida com o bom ou mau uso ambiental.

O direito ambiental surge para ditar normas e diretrizes, visando a tutela do meio ambiente, recebendo especial destaque os chamados princípios da precaução e prevenção.

Far-se-á breve análise a respeito da agricultura e seu impacto ambiental. Dessa relação, buscar-se-á, de maneira minuciosa, formas de aplicação dos mencionados princípios para auxiliar na construção de uma agricultura sustentável, sempre com o principal fim de garantir a preservação ambiental.

O método procedimental utilizado foi o método bibliográfico, pois será feita pesquisa e análise de bibliografia em geral a respeito do tema, no que diz respeito ao direito ambiental, princípios da precaução e prevenção e sua aplicabilidade. E, finalmente, foi feita análise das questões referentes à agricultura como uma das principais exploradoras dos recursos naturais para então, findado isso, aliar tais ideias à busca de práticas sustentáveis.

## 1.A AGRICULTURA E O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE

### 1.1 A possibilidade de uma agricultura sustentável

Antes de ser possível compreender a forma por meio da qual se pode granjear uma agricultura que seja sustentável, é importante que se esclareça o que é, efetivamente, o desenvolvimento sustentável. A organização das Nações Unidas (ONU), no relatório Nosso futuro Comum, publicado em 1987, apresentou uma definição concisa, objetiva e amplamente utilizada sobre o desenvolvimento sustentável, indicando ser aquele que satisfaz necessidades da geração em que se vive – geração atual – sem

que para isto comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem de forma ampla suas necessidades (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1987, p.64).

Faz-se correta a afirmação de que um para ser desenvolvimento sustentável necessita aliar o desenvolvimento no aspecto econômico com a precaução dos diferentes recursos naturais, de modo que seja possível a simbiose entre os setores sociais, e tal entendimento é assim explanado por Milaré:

Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não deve se erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material (MILARÉ, 2009, p.53).

E outras palavras, o desenvolvimento sustentável diz respeito, em especial, às consequências que podem ocorrer no que tange à qualidade de vida e ao bem-estar social das sociedades – atual e futura –. O desenvolvimento sustentável, portanto, se apoia especialmente na atividade econômica, meio ambiente e bem-estar da sociedade (ASSIS, 2009, p.59).

Entretanto, desenvolvimento, por vezes, acaba não sendo sinônimo de bons resultados, já que há situações que para que aconteça um dado crescimento, para que se obtenha um determinado resultado amplificado e positivo, se acaba por destruir ou desestabilizar outra(s) áreas importantes acerca do que se quer desenvolver, transformando o que era para ser desenvolvimento, em atraso. A ganância humana, diferente da ambição, acaba por colocar em risco as presentes gerações na busca incansável por resultados econômicos e financeiros expressivos sem medir, de fato, as consequências das ações tomadas para a obtenção deste ou daquele desenvolvimento.

Cogitar uma forma de desenvolvimento que não seja agressivo ao ambiente remete a idéia de pensar numa outra forma de desenvolvimento que não esteja centrada na aceleração do crescimento econômico e esteja implicada na não marginalização

de outros objetivos, como políticos e sociais (MARCHETTI et al, 2009).

Assim, percebe-se a notória e urgente necessidade de se unir, de fato, as duas palavras, quais sejam, desenvolvimento e sustentável. Elas, obviamente, existem separadamente, por si só, mas para que haja significação quanto aos resultados positivos para o meio ambiente, é preciso que o significado de desenvolvimento seja positivo, de forma que tudo quanto se buscar preservar e desenvolver, a nível ambiental, se de forma sustentável, sem perdas, ou que elas sejam mínimas, a fim de salvaguardar presentes e futuras gerações. O desenvolvimento sustentável é tão importante para o curso da humanidade que Brunet, ou seja, “[...] o desenvolvimento sustentável tornou-se, assim, a nova religião de nossas sociedades modernas” (BRUNET, 2008, p. 10).

E uma vez que a agricultura e o setor primário constituem um dos setores mais importantes da economia, sendo talvez o que mais afete o meio ambiente, quer negativa ou positivamente, é imprescindível que a agricultura se estabeleça de forma sustentável, com o principal intuito de garantir a alimentação dos seres vivos de hoje e de amanhã, pois sabido é que a ausência de alimentos saudáveis e de uma agricultura forte, gera não só a possibilidade de morte por inanição como também a facilidade de se contrair doenças graves como leucemia, entre outras, por parte daqueles que vierem a sofrer do mal da não sustentabilidade agrícola.

E uma das maneiras que se pode falar da união entre a atividade agrícola e o desenvolvimento sustentável, diz que

Agricultura sustentável não constitui algum conjunto de práticas especiais, mas sim um objetivo: alcançar um sistema produtivo de alimentos e fibras que: aumente a produtividade dos recursos naturais e dos sistemas agrícolas, permitindo que os produtores respondam aos níveis de demanda engendrados pelo crescimento populacional e pelo desenvolvimento econômico; produza alimentos saudáveis, integrais e nutritivos que permitam o bem-estar humano; garanta uma renda líquida suficiente para que os agricultores tenham um nível de vida aceitável e possam investir no aumento da produtividade do solo, da água e de outros recursos e corresponda às normas e expectativas da comunidade (KAMYIAMA, 2011, p. 20).

Assim, nota-se o objetivo da agricultura sustentável em não se apoiar especificamente sobre um grupo de práticas diferentes com o que tange à plantação, à colheita e à pecuária, por exemplo. Lógico que são importantes tais técnicas modernas



de obtenção de uma eficiência máxima em prol dos seres vivos de modo geral. Mas não acaba por ser o objeto fim da sustentabilidade agrícola. O que se almeja é, no entanto, a produtividade máxima dos seus recursos, e não especificamente do maquinário que os produzem. E que seja possível o crescimento populacional receber o devido amparo frente a tal produtividade, sem que haja parte da população sob condições de subnutrição. Também que possam os alimentos produzidos ser proporcionais às condições que nossas terras nos oferecem, ou seja, sadios conforme as sadias condições terrenas. E, finalmente, que os agricultores sejam reconhecidos como aqueles cuja importância para o desenvolvimento da vida humana é fundamental e absolutamente necessária, e que uma vez reconhecida tal importância, sejam estes remunerados de forma a se empenharem na manutenção da atividade agrícola de forma responsável, próspera e inteligente

Finalmente, é necessário que se compreenda isso: para que exista o desenvolvimento de uma atividade agrícola sustentável, é preciso que haja uma mudança e alteração tanto nas práticas a serem adotadas, quanto na mentalidade dos agricultores, e também – por que não? – dos consumidores em prol do consumo consciente dos mais variados insumos. Assim sendo, os princípios da precaução e prevenção, alhures mencionados, são aliados na busca desta tão desejada agricultura sustentável, e suas aplicações, bem como suas implicações neste setor (agrícola), merecem um capítulo próprio.

### **1.1.1 A aplicação dos Princípios da Precaução e Prevenção na agricultura**

Frente a tudo o que foi exposto preconizando o Direito ambiental, sua importância e a relação do significado dos seus princípios, em especial o da precaução e o da prevenção, indispensável torna-se a análise da aplicabilidade prática dos mesmos a fim de se concluir suas reais importâncias e também possíveis riscos na busca de uma agricultura sustentável.

E quais são as circunstâncias - e por que não – quais as situações particulares, os momentos candidatos em que um ou outro princípio se encaixa na busca pelo combate aos danos ambientais iminentes na atividade agrícola?

Ao se analisar o princípio da precaução e sua aplicabilidade prática, deve-se, novamente, atentar para o fato de que o que se almeja é buscar evitar a ocorrência de danos ambientais que possam vir a surgir de riscos desconhecidos, riscos os quais o conhecimento científico, infelizmente, não consegue, ainda, explicá-los de forma plena, esclarecida. E, reforçando, cabe destaque o fato de que a busca aqui, com a precaução ambiental, é de que as consequências obtidas com a efetiva aplicação de tal princípio venham a assegurar a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado tanto



para as presentes como para as futuras gerações, de forma que tal instituto possa ir ao encontro do que define a Constituição da República do Brasil, em seu artigo 225, conforme já anteriormente mencionado.

Ora, se “precaução” quer dizer “ação antecipada feita para evitar ou para prevenir um mal ou algo ruim [...], quem age com cautela e cuidado” (DÍCIO, 2015) e ainda, segundo o que dispõe a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio ambiente e desenvolvimento – a ECO-92 – ao informar em seu princípio 15 que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012).

Então parece restar claro que a cautela, ou a antecipação no cuidado para algo futuro, sempre fez parte da história do homem, quer seja com o principal intuito de evitar, ou então, quando da não possibilidade de se evitar; minimizar as consequências das quais não se tem conhecimento; situações de risco ou perigo.

Logicamente que é possível, e também assim se dará, que os níveis de cuidados para cada caso em concreto poderão variar dependendo da maior ou da menor possibilidade de acontecimentos; de materialização de um dano (ambiental). “Mas mesmo o nível de precaução variando, tais medidas, desde sempre, são entendidas como apropriadas diante da incerteza” (FERREIR; AGOSTINI, 2014, p. 555).

Adentrando a aplicabilidade do princípio da precaução, não ainda no que tange a atividade agrícola, mas sim quando dos primeiros registros da precaução (e não também do princípio da precaução), acredita-se que este tenha se dado no ano de 1854, na Inglaterra, quando centenas de pessoas foram contaminadas pela cólera, vindo estas a óbito em um breve lapso temporal de dez dias. Eis que o físico inglês John Snow, após estudos acerca da contaminação da epidemia, sugeriu que fosse feita a remoção da água, possivelmente contaminada, de um reservatório público localizado no centro de Londres. O que se tinha na época era apenas um estudo, uma análise a qual se encontrava ainda incompleta. Tal trabalho apresentava não a certeza, mas apenas indícios de qual seria a correlação entre a água poluída e o contágio da cólera. Mas é que ainda que não se tivesse certeza do que havia, de fato gerado a doença, o que se tinha foi considerado provas suficientes para que pudesse ser implementada uma ação visando o reestabelecimento da ordem e da saúde pública (HARREMOËS ET AL. 2002, p. 5).

O caso mencionado é considerado um clássico do século 19 no que diz respeito a forma com que a precaução se manifestou na sociedade, pois uniu vários aspectos os quais estreitam os laços da incerteza científica, a ignorância e o processo de tomada de decisões. Entre eles, encontra-se a diferença entre fundamental entre conhecer a realidade do risco e acautelar-se, e, paralelamente entender as causas e os efeitos do risco e de agir tardiamente (HARREMOËS et al., 2002, p.7).

Desde então já se percebia a necessidade de agir em prol do meio ambiente, e, principalmente na defesa dos seres-vivos cujas vidas poderiam estar em risco. Ouseja, ainda que não existisse absoluta certeza científica quanto a real contaminação da água, buscou-se agir a fim de proteger um bem maior que era a vida, mesmo que tal ação pudesse gerar alguma consequência negativa para o homem de modo geral. Aí já residia o intuito da precaução.

Mas e quando foi a primeira vez que o entendimento de precaução surgiu no Direito? Essa ideia surgiu no ordenamento jurídico há bem menos tempo que a ideia de precaução no mundo, qual seja, em 1927, quando da Lei Florestal da Índia. Esta, por sua vez, é responsável pela regularização de questões relativas a formas de exploração florestal bem como a comercialização dos recursos obtidos com tal exploração. Em consonância com o disposto no item de nº 69, o qual aparece no Capítulo IX da mencionada lei, é considerado como pertencente ao governo qualquer recurso obtido com a exploração da floresta e sobre o qual recaíam dúvidas quanto à propriedade. Tal entendimento foi assimilado como medida de conservação florestal, visando resguardar os recursos naturais existentes de uma desnecessária e indevida utilização (TROUWBORST, 2002, p.16-17).

Indian Forest Act, Chapter IX, 69- Presumption that forest-produce belongs to Government: When in any proceedings taken under this act, or in consequence of anything done under this Act, a question arises as to whether any forest-produce is the property of the Government, such produce shall be presumed to be the property of the Government until the contrary is proved<sup>8</sup> (INDIAN FOREST SERVICE, 1927).

---

<sup>8</sup> Lei Florestal da Índia, Capítulo IX, 69 – Suposição de que recursos florestais pertencem ao governo: quando em qualquer procedimento regulado por essa lei, ou em consequência de qualquer ato praticado sob sua vigência, surjam questionamentos relativos à propriedade do recurso florestal, esse recurso deve ser considerado como propriedade do governo até que seja provado o contrário. (tradução nossa)

Por ora, tem o presente trabalho por objetivo adentrar na aplicabilidade do referido princípio (precaução) na atividade agrícola. Para tanto, faz-se necessário esclarecer alguns acontecimentos atuais e de impacto ambiental.

É sabido que o Brasil é hoje o segundo maior país no cultivo de transgênicos, perdendo apenas para os Estados Unidos da América, sendo que o soja, um dos principais alimentos da economia e da agroexportação nacional, é 90% geneticamente modificada em solo brasileiro (UNIVERSO ONLINE, 2014).

Os transgênicos são alimentos geneticamente modificados, e estes possuem suas peculiaridades no que dizem respeito ao impacto que podem causar ao meio ambiente e aos seres vivos de modo geral. Isto porque possuem aspectos positivos e negativos que devem ser levados em consideração sempre que o tema é abordado.

Segundo organizações internacionais como a ONU, uma das principais vantagens dos transgênicos está no aumento da produtividade dos alimentos, e também por serem mais resistentes ao ataque de pragas ou de agrotóxicos. Umavez que isto aconteça, a colheita de tais alimentos se daria de forma mais rápida e efetiva, minimizando a perda e possibilitando ao agricultor um ganho muito maior. Desta forma, o preço dos produtos que utilizassem a cultura transgênica sofreria significativa redução, tornando o combate a fome algo mais fácil e mais palpável.

Mas há também os que enxergam a questão dos transgênicos como prejudicial a saúde e uma ameaça a existência humana. Isto porque o cultivo e utilização de culturas modificadas acabaria por gerar um grande desequilíbrio nos ecossistemas agrícolas. Certo é que ajudariam no combate às pragas, porém ao realizarem este ato, estariam também impedindo a sadia manutenção de outros ecossistemas os quais dependeriam exclusivamente da perfeita manutenção ambiental anterior a modificação para que pudessem manter o ciclo natural de vida que mantinham.

Uma outra problemática é que quando se utiliza a cultura dos transgênicos, se acaba diminuindo a biodiversidade, já que ao se buscar um aumento na produtividade em grande escala, algumas espécies de alimentos acabam sendo praticamente extintas ao serem trocadas por versões geneticamente modificadas (mais resistentes e lucrativas). Além disto, as espécies transgênicas, por serem mais resistentes, acabariam se proliferando de forma descontrolada, gerando novamente vários focos de desequilíbrio ambiental (PENSAMENTO VERDE, 2013).

Já pensando no consumo alimentar humano, o grande temor é de que, em longo prazo, as modificações genéticas implantadas em alimentos possam de alguma maneira levar a disfunções orgânicas, promovendo doenças. Dentre as enfermidades poderiam estar desde alergias, e até mesmo doenças mais sérias

como o câncer. Quanto às alergias, estas se dão pelo fato de que para a obtenção de um alimento geneticamente modificado, pode-se estar retirando parte de um outro alimento a que se é alérgico a fim de introduzi-lo no alimento transgênico, quer seja com a finalidade de melhoramento ou aumento de produtividade.

Logicamente que todas estas intenções em se produzir alimentos transgênicos não visam apenas o lado humano do “combater a fome” e “aumentar a produtividade”. Certamente visa-se o lucro.

Mas e o que acontece quando tal atitude se depara com a aplicabilidade do princípio da precaução ambiental? Ora, conforme já analisado anteriormente, se houver incerteza científica quanto a real existência do dano ambiental (presente ou futuro), se houver risco (para o homem e para o meio) e se houver a necessidade de se precaver (agir com cautela antes que algo grave possa acontecer), então se está diante do caso mencionado.

Entretanto, é preciso que haja uma garantia com o que diz respeito ao dano que realmente irá ocorrer ou que já ocorreu com a ação humana que realmente o gerou. Do contrário, resta incerto e até perigoso colocar em xeque a busca pelo crescimento econômico, a livre iniciativa empresarial e o constante aquecimento do mercado, o qual gera a livre concorrência entre as nações e torna sadio os setores da economia, no caso em tela, e em especial, o setor agrícola.

Nas palavras de Rampton e Stauber, compreende-se que conquanto muitos concebiam como um obstáculo à ciência e à tecnologia, convém destacar e perceber-se que o Princípio da Precaução não é contrário ao desenvolvimento (RAMPTON; STAUBER, 2001, p.297-298).

Ou seja, o lucro acaba sendo sempre o alvo máximo de qualquer atividade agrícola, exceto, talvez, em alguns casos de subsistência familiar. Mas todo o lavoureiro, agricultor ou pecuarista tem como intuito modificar a terra e o arado, e em muitas vezes, sem medir de forma abrangente as consequências que causará ao meio. E essa modificação e manuseio se dá na busca do crescimento econômico, quer para si, quer para a comunidade no qual se encontra inserido, e a cultura dos transgênicos pode facilmente ser aqui, encaixada.

Mas, e diante de tal situação, o que se pode dizer quanto à aplicação da precaução ambiental? Há, de fato, um entendimento acerca das circunstâncias em que o princípio da precaução deva ser acionado? O assunto parece, neste sentido, se polarizar, e se envolver em um teor não tão fácil de ser assimilado.

De um lado parecem estar aqueles que defendem o Princípio da Precaução como sendo uma maneira sem justificativas de impedir o desenvolvimento (econômico ou não), ou seja, se abrigando no fato de que o crescimento, a produção, a ascensão e tudo quanto possa, de alguma forma, gerar resultados palpáveis e expressivos, ou para a economia conjunta ou para o lucro pessoal, deve acontecer antes que seja possível, de fato, provar a gravidade ambiental do dano o qual se discute em cada presente momento.

Mas há também um outro entendimento quanto a aplicabilidade deste princípio quando da incerteza do dano, uma vez que qualquer que seja o risco, a atitude precavida deve se manifestar. E se manifestar na forma de não ação. Na forma de omissão. É este o ideal daqueles que há muito esperam por uma maneira de proteger as gerações futuras dos riscos, danos e perigos desconhecidos. E o principal escudo usado por estes adeptos baseia-se no que fere o nosso bemjurídico máximo, qual seja, a vida. E também a proteção à vida, com a inclusão da segurança alimentar. No caso da transgenia, na ideia de que ela deve ser controlada, evitada, já que não se tem absoluta convicção se o seu impacto afetará, de forma irreversível as gerações futuras, por exemplo, já que não há garantia total de que atinge as presentes gerações.

Com isto, mesmo que a existência humana simplesmente pareça estar em xeque, o fato de não se possuir exata certeza se estamos em perigo ou não, acaba por gerar insatisfação na vida de todos quantos dependem da agricultura e da atividade agrícola para sobreviver. Tanto pequenas empresas desde o empreendedor individual, quanto as grandes exportadoras nacionais e internacionais, enfrentam tais problemas ao se verem, muitas vezes, impossibilitadas de manter a continuidade dos seus negócios em função da necessidade ambiental científica de terem que provar que suas ações, definitivamente, não afetarão a vida do amanhã.

Esta tentativa de se provar que a suposta atividade degradante assim não se constitui, estabelece o bem conhecido instituto da inversão do ônus da prova, o qual, em direito ambiental, se configura da seguinte maneira "atribui-se ao suposto degradador o encargo de comprovar o não desenvolvimento de atividade de risco ou a falta de nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida e o resultado prejudicial ao meio ambiente" (MENON; BODNAR, 2013).

Será que frente a dúvida sobre a possibilidade de acontecer um dano ao meio ambiente ou ao ser humano, a solução deve mesmo ser favorável ao meio ambiente e não à obtenção do lucro imediato?

Os estudiosos ambientais afirmam a existência de duas formas de avaliação dos impactos ou dos possíveis impactos ambientais gerados. E essas duas formas de se avaliar, para então tornar tal decisão mais fácil, são as formas qualitativas e quantitativas

de verificação do princípio da precaução. Ou seja, ao se avaliar as consequências na aplicação do princípio de forma qualitativa, busca-se, em um caso específico, a compreensão global, as características principais e peculiares que levaram à utilização de tal princípio, os pormenores deste (TICKNER; MYERS, 2001).

É possível analisar, em sede de atividade agrícola, a utilização dos agrotóxicos a fim de se compreender qualitativamente a verificação do princípio (precaução). Assim, por exemplo, o questionamento deve ser no sentido de se certificar acerca da quantidade do herbicida utilizado, ou da marca do produto bem como o solo sobre o qual foi aplicado, a velocidade com que o maquinário agrícola efetuou a distribuição do veneno a fim de garantir que este atingisse a plantação na medida adequada e não nociva à saúde humana e do meio. Enfim, uma análise qualitativa da instrumentalização do princípio.

Já quando o questionamento sobre os impactos gerados por uma determinada ação humana, ou em prol do meio ambiente ou do lucro, se dá de forma quantitativa, nota-se uma abordagem um tanto quanto diferente da qualitativa, por óbvio. No setor agrícola, podem entrar em cena a monocultura de exportação (plantation), sempre quando os resultados obtidos com tal cultura tenha sido elevados, ou superados os valores sobre a meta anterior. Ou seja, se em um solo específico, em uma terra específica, a monocultura de uma planta gerou total empobrecimento do solo e conseqüente aumento da fome ou fraqueza agrícola neste local, há indícios de que se a mesma ação for tomada em locais distintos cujos aspectos ambientais sejam semelhantes àqueles, então é capaz de se induzir que os resultados obtidos nestas regiões venham a se assemelhar com os daquelas.

Desta forma, percebe-se que a boa combinação da forma qualitativa e quantitativa é capaz de levar a respostas pertinentes ao fato de se agir em prol da vida, posto a incerteza jurídica e a existência do risco, ou então agir visando o lucro e o desenvolvimento econômico, uma vez assegurada a inexistência da dúvida.

Retomando a análise da utilização dos transgênicos na agricultura, e frente as bem apontadas distinções entre o princípio da precaução e da prevenção, percebe-se, de forma nítida, que se está diante da possível aplicação do princípio da precaução, já que por mais que se alegue que esses alimentos modificados geneticamente possam trazer malefícios à vida em um tempo futuro, nada se pode afirmar em absoluto, dado o fato da incerteza científica e dos riscos de determinado produto. Quantitativamente falando, não se conseguiu provar o exercício prejudicial destes alimentos ao redor do mundo, já que casos isolados e que não consigam ser em ordem numérica suficientes para



cientificamente provar sua prejudicialidade não podem servir de base indutiva na busca pelo fretamento ou redução da utilização transgênica.

Isto porque tais produtos seguem sendo utilizados em escala global, fortalecendo a agricultura e o setor agrícola de um modo geral, permitindo que outras possíveis soluções ambientais venham a surgir, como o controle e combate à fome no planeta.

Está certo que desde as duas grandes Conferências Internacionais do Meio Ambiente, a Estocolmo 72 e a Rio 92, alhures mencionadas, foram vitais e decisivas. A união dos estados e nações quando da percepção de que se a forma com que o meio era administrado permanecesse da mesma maneira, levou ao entendimento de que o colapso ambiental seria o caminho do mundo.

E foi por isso também que tais conferências foram regradas por princípios, os quais deveriam ser, de fato seguidos. O medo e o temor instaurado entre os povos foi, de longe, notado. E o que se buscou foi aliar desenvolvimento econômico com sustentabilidade. Ou seja, é nisto que se firma este trabalho.

E já que o que antes se tinha era uma maneira de manter quase que exclusivamente a busca pelo crescimento econômico, pouco importando a real conservação do meio ambiente para as futuras gerações, então notou-se a real necessidade de que esta mentalidade fosse mudada, em prol da vida e da sadia continuidade desta. Foi aí que se firmou a nova ideia de que crescimento econômico não significava necessariamente a obtenção de aquisições materiais individuais ou coletivas, mas sim a combinação disto com qualidade de vida.

Assim diz Alemar acerca do exposto:

Nesta nova concepção, a oposição entre os conceitos crescimento econômico e proteção ambiental foi substituída pela combinação de desenvolvimento com proteção ambiental. Quer se dizer com isso que se passou a distinguir crescimento econômico de desenvolvimento econômico, com privilégio para a última expressão (ALEMAR, 2014, p.524).

Só que quando se atenta para o termo desenvolvimento econômico, se analisa os dois lados da moeda, e isto é muito importante. Tanto o fato de se buscar as melhores condições e estratégias possíveis para manter o meio ambiente sólido e sadio (sustentável) para as presentes e futuras gerações como a ideia de que a utilização dos recursos naturais e a exploração destes também deve continuar permitindo a livre concorrência e o aquecimento do mercado e da economia no mundo, em especial, no setor agrícola, tema de discussão por ora aqui exposto.



Acontece que na abordagem dos transgênicos, frente ao instituto da inversão do ônus da prova, já antes tratado, percebe-se uma certa dificuldade em se conseguir manter de forma plena a continuidade do progresso econômico junto ao desenvolvimento sustentável. Logicamente, sem que haja o esquecimento do “in dubio pro ambiente”, mas resta interessante a união das duas faces desta moeda.

Reforçando o que frisa a inversão do ônus da prova em direito ambiental, conforme salientado por Mirra, quando

a inversão do ônus da prova tem aplicação fundamental na aplicação do Princípio da Precaução. Isso porque, se o possível degradador não conseguir provar que a atividade questionada não é potencialmente produtora de riscos, considerar-se-á caracterizada a possibilidade de degradação ambiental, ou seja, a impossibilidade de o interessado provar a ausência de riscos manifesta-se em favor da proteção ao meio ambiente (MIRRA, 2002).

Este é um entendimento genérico acerca da inversão do ônus da prova, o qual vê por lógico a proteção ambiental na sua forma máxima. E parece bem correta esta visão. No entanto, deve-se também atentar para o que prevê Saunders “como o conhecimento científico tornou-se bastante limitado, não é possível buscar, com a inversão do ônus da prova, a certeza absoluta de que determinada atividade é inócua” (SAUNDERS, 2001).

O que se percebe é que tal instituto passa a não exigir sob forma mínima (necessidade de prova científica absoluta) que o degradador comprove de forma absoluta que cientificamente sua atividade degradante não irá gerar danos ambientais, trazendo uma mudança no pensamento acerca da matéria, na necessidade de não mais provar científica e absolutamente que sua ação ao meio ambiente é válida, mas de forma mais atenuada, mostrar a existência de um alto nível probabilístico de que danos sérios ou irreversíveis não ocorrerão. É assim que define Trouwborst, dizendo que “se há impossibilidade de demonstrar a existência de riscos, não se pode exigir do possível degradador que prove, inequivocamente, a inexistência deles” (TROUWBORST, 2002).

É desta forma que se dá a instrumentalização do princípio da precaução do direito ambiental. A incessante busca pelo desenvolvimento sustentável acontece, em especial, pela observância deste princípio, bem como pela atenção dada ao semelhante princípio da prevenção. O que torna o processo um tanto mais complexo é o que se vê a partir do

momento em que se atenta profundamente mais para um lado do que para o outro da balança, ao deixar de se zelar pelo novo sentido de desenvolvimento econômico, aliando a necessidade de se produzir com a ampla observância da proteção ambiental.

Mais fácil é a observação do princípio da prevenção e sua aplicabilidade, já que se está diante de danos futuros certos, onde já se é possível mensurar sua extensão. E não só acerca dos danos futuros, pois quanto a estes, por ser já sabido previamente das suas consequências, toma-se ações e medidas preventivas, mas também na solução dos danos conhecidos e presentes. A maneira que tal princípio se assevera está no fato de que só se previne aquilo que sabe que há o risco de acontecer e, conseqüentemente, que pode acontecer. Do contrário, não há que se falar em prevenção.

É exatamente o que esclarece Alemar, quando diz que:

Pelo Princípio da Prevenção busca-se minimizar o dano causado ao meio ambiente pelas atividades – econômicas ou não – perpetradas pelo homem. Acontece que esse dano que se quer minimizar é, pelo menos conhecido, ou seja, os efeitos provocados pela ação antrópica já são determinados ou, no mínimo, determináveis (ALEMAR, 2014, p. 529).

Assim, como exemplo da aplicabilidade preventiva na atividade agrícola, tem-se a situação da utilização dos agrotóxicos em grande quantidade nas lavouras do Brasil. Certo é que os danos ambientais e as consequências do uso destes agentes químicos já são conhecidas previamente, tornando a esquivia dos agricultores,

plantadores e produtores com relação a responsabilidade de reparar os danos ou indenizar os interessados, algo, no mínimo, mais difícil. Isto tudo porque, novamente, os riscos da atividade agrícola desempenhada já restam conhecidos e certos, devendo os empreendedores do setor, não tentar provar a impossibilidade da incidência de um dano, pois não se está mais no campo da dúvida, mas sim de se resguardar com o maior leque possível de opções preventivas a fim de impedir, ou minimizar ao máximo, a incidência de um dano, visto ser conhecido, mensurável e evitável, em muitas situações.

Assim, é imprescindível a harmônica combinação dos princípios da precaução e da prevenção no que tange sua aplicação, e ainda que parte da doutrina os entenda como semelhantes, isto não significa que sejam idênticos. Por fim, faz-se indispensável atentar para o exato momento que se se deve precaver ou para a hora em que se deve prevenir. E a agricultura, uma das principais atividades agrícolas brasileira, merece os devidos cuidados no momento da escolha de com qual princípio está a se deparar, visto que os produtores agrícolas, ao buscar o desenvolvimento sustentável, novamente, visando auferir lucro (indispensável no desenvolvimento econômico), individualmente parecem

não atentarem tanto para a proteção ambiental, embora coletivamente saibam dessa necessidade. Desta forma, encontram na precaução ambiental uma forma de proteção mais abrangente, dado o “escudo” da incerteza científica e a necessidade de não mais provar de forma absoluta a certeza de que não ocorrerá o dano, mas sim que há grandiosa probabilidade de que não ocorra. Na prevenção, a garantia inequívoca de que se esta tomando as devidas medidas, tantas quanto suficientes e necessárias para impedir o dano, é o que vale, tornando, frise-se, muito mais gravoso para o causador do dano, a sua tentativa de se sair juridicamente ileso quando da ocorrência do dano.

Logo, o desenvolvimento sustentável, tão almejado e sonhado, passa pelo crivo destes dois princípios, e ao que se percebe, nem meio ambiente nem ação humana tornam-se “enclausurados” de ação, visto que a produção agrícola e seu grande contingente precisam manter-se vivos, aquecendo a economia e visando o progresso econômico, da mesma forma que a qualidade de vida é um pensamento coletivo frente a aplicação de tais princípios na busca pela sustentabilidade agrícola.

## **CONCLUSÃO**

A importância da realização deste trabalho se deu pela rigorosa análise do que o Direito ambiental, como gestor das atividades exercidas pelo homem diante do espaço coletivo ao qual se insere, é capaz.

Logo, restou esclarecida a abordagem dos ambientalistas acerca da rigorosidade com que os referidos princípios da precaução e prevenção serão aplicados na busca por uma agricultura sustentável. Isto porque parte da doutrina ambiental considera que em todas as circunstâncias o empreendedor deve fornecer provas inequívocas de que a atividade ou ação a ser executada é inofensiva, invertendo por completo o ônus da prova para o indivíduo degradante, tendo este que provar o risco zero da sua atividade ou empreendimento, mostrando-se assim como uma opção radical de possibilitar o desenvolvimento agrícola. Já a outra parte de ambientalistas tende para o lado da não necessidade de prova científica de que o agente degradante não causará dano sério ou irreversível ao meio, mas apenas que demonstre existir grande probabilidade de que o dano não irá ocorrer. Nesta visão, torna-se muito mais fácil a busca pela sustentabilidade agrícola para os que desenvolvem a atividade fim (agricultura) já que não acabam sendo pressionados em excesso e conseguem, em parte, descartar o ônus da prova.

Concluiu-se também que a necessidade de debates e esclarecimentos na busca não só de práticas sustentáveis, mas também de mecanismos preventivos e precautivos no auxílio da satisfação agrícola devem ser criteriosamente estudados e avaliados. A atividade agrícola passa, sim, pela incessante busca de atualizações no setor, com o intuito de garantir a melhor e mais efetiva proteção ambiental, dado o aumento

significativo das populações e a necessidade de que haja evoluções em maquinários e práticas agrícolas. No entanto, mostrou-se indispensável o zelo que os princípios preventivos e precautivos devem possuir para não forçar o impedimento do progresso econômico junto com o desenvolvimento da qualidade devida e conseqüentemente, a sustentabilidade agrícola aliada ao desenvolvimento sustentável.

#### REFERÊNCIAS

AGRISUSTENTÁVEL. **A utilização de agrotóxicos é a 2ª maior causa de contaminação dos rios no Brasil** Disponível em: <<http://www.agrisustentavel.com/san/rio.html>>. Acesso em 22/01/2022.

A AGRICULTURA NO MUNDO. **A agricultura no mundo**. Disponível em: <[http://www.10emtudo.com.br/aula/vestibular/a\\_agricultura\\_no\\_mundo/](http://www.10emtudo.com.br/aula/vestibular/a_agricultura_no_mundo/)>. Acesso em 22/03/2022.

ALEMAR, Aguinaldo. **Direito ambiental** – Princípios gerais de Direito ambiental. V.11. Brasília: Embrapa, 2014.

ARRUDA, José Jobson de A. **História Moderna e Contemporânea**. 13. ed. São Paulo: Ática, 1981.

ASSIS, José. **Brasil21: Uma Nova Ética para o Desenvolvimento**. 3. ed. São Paulo, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BAER, Werner. **A Economia Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Nobel, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco. **Direito ambiental sistematizado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Impactos da agricultura no meio-ambiente: Principais tendências e desafios (Parte1). In: **Economia & Tecnologia**, Ano 5, v. 18, 2009.

BRAGA, Pedro. **O que é EIA – RIMA: Estudo e relatório de Impacto ambiental**. Disponível em: <<http://www.matanativa.com.br/br/blog-do-inventario-florestal/entry/o-que-e-eia-rima-estudo-e-relatorio-de-impacto-ambiental>>. Acesso em 14/03/2022.

BRUNET, S. **À qui profite Le développement durable?** Paris: Larousse, 2008.

BORGES, JomarViane. Os princípios do direito ambiental: uma alternativa na busca pelo desenvolvimento sustentável. In: **Justiça do Direito**, v. 24, n.1, 2010. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2145>>. Acesso em 04/03/2022.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente misto. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 36, jan 2007. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1606](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1606)>. Acesso em 22/03/2022.

CIELO, Patrícia Fortes; SANTOS, Flávia Raquel dos; STACCIARINI, Letícia; SILVA, Viviane. **Uma leitura dos princípios da prevenção e da precaução e seus reflexos no direito ambiental.** Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/a3c3cfaf6c2acd18f4fceff16c4cd0860.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/a3c3cfaf6c2acd18f4fceff16c4cd0860.pdf)> Acesso em 15/01/2022.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum.** Rio de Janeiro: FGV, 1988.

CULTIVANDO. **Os impactos da agricultura.** Disponível em: <[cultivando.com.br/saude\\_meio\\_ambiente\\_agricultura\\_sustentavel\\_impactos\\_agricultura.html](http://cultivando.com.br/saude_meio_ambiente_agricultura_sustentavel_impactos_agricultura.html)>. Acesso em 22/03/2022.

DALLA DEA, Carlos Roque; MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. Aspectos jurídicos do Direito Ambiental e a Responsabilidade Civil por Danos Ambientais. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania.** v.2, n. 1, 2011. Disponível em: <[http://www.facsaroque.br/novo/publicacoes/pdfs/carlos\\_drt\\_20111.pdf](http://www.facsaroque.br/novo/publicacoes/pdfs/carlos_drt_20111.pdf)>. Acesso em 27/03/2022.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DESMATAMENTO NO BRASIL. **Desmatamento e o Impacto no Brasil.** Disponível em: <<http://desmatamento-no-brasil.info/desmatamento-e-impacto-ambiental.html>>. Acesso em 28/03/2022.

DICIO. **Precaução.** Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/precaucao/>>. Acesso em 22/03/2022.

ECODESENVOLVIMENTO. **Maioria dos lençóis freáticos do mundo têm redução alarmante, alerta Nasa.** Disponível em: <<http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2012/junho/maioria-dos-lencois-freaticos-do-mundo-tem-rducao>>. Acesso em 26/03/2022.

FARIAS, Talden Queiroz. O conceito jurídico de meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1546](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546)>. Acesso em 18/03/2022.

FERREIRA, Helini Sivini ; AGOSTINI, Andréia. **Direito Ambiental - Princípios gerais do Direito Ambiental.** 1. ed. Brasília: Embrapa, 2014.

FIORILLO, Celso A. P., RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental e patrimônio genético.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Marina Assis. **Técnicas de conservação dos solos.** Centro de referência virtual do professor – SEE, Minas Gerais, Mar.2009. Disponível em: <[http://crv.sistti.com.br/sistema\\_crv\\_dotnet/documentos/md/ef/ciencias/2010-08/md-ef-ci-56.pdf](http://crv.sistti.com.br/sistema_crv_dotnet/documentos/md/ef/ciencias/2010-08/md-ef-ci-56.pdf)>. Acesso em 22/03/2022.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O Risco na Sociedade Contemporânea e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** Ano 08, n. 31, p.136-156, Jul-Set São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HARREMOËS, P.; GEE, D.; MACGARVIN, M.; STIRLING, A.; KEYS, J. WYNNE, B.(Org.). **The precautionary principle in the 20th century: late lessons from early warnings.** Londres: Earthscan Publications Ltda, 2002.

INDIAN FOREST SERVICE. **The Indian Forest Act, 1927.** Disponível em: <[http://www.ifsindia.org/FOREST\\_WILDLIFE/Indian%20Forest%20Act,%201927.htm](http://www.ifsindia.org/FOREST_WILDLIFE/Indian%20Forest%20Act,%201927.htm)> Acesso em 18/03/2022.



INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa anual dos serviços.** Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/comercioeservico/pas/analise/pas99.shtm>>. Acesso em 22/03/2022.

JACQUES, Aino Victor Avila. **A queima das pastagens naturais** – efeitos sobre o solo. *Ciência Rural* (Online), Santa Maria, vol. 33, n.1, Fev. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cr/v33n1/14164.pdf>>. Acesso em 15/04/2022.

KAMYIAMA, Araci. Agricultura sustentável. In: **Cadernos de Educação Ambiental.** Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/publicacoes/sma/13-AgriculturaSustentavel.pdf>>. Acesso em 04/02/2022.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Novas tendências e possibilidades do Direito ambiental no Brasil. In: **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas** – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 18. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Ambiental.** São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

MARCHETTI, Evelyn; OLIVEIRA-FILHO, Marco A. M.Barbosa de; ROSSI,

Alexandre. Mercosul e a questão ambiental: uma análise das Constituições dos Estados. – Partes com a ótica da sustentabilidade. In: CONGRESSO DE MEIO AMBIENTE DA ASSOCIAÇÃO DE UNIVERSIDADES GRUPO DE MONTEVIDÉU, 4., 2009, São Carlos. **Anais.** São Carlos: Ed. da Universidade Federal de São Carlos, 2009.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. Princípio da Precaução e Estudo de Impacto Ambiental no Direito Brasileiro. **Revista de Direito da Faculdade de Campos**, AnoVII, n.8, jun de 2006.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **Histórias das Agriculturas do Mundo** - do neolítico à crise contemporânea. Disponível em: <<http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/Publicacoes/Attachments/60/Historia>>



\_das\_agriculturas.pdf>. Acesso em 22/02/2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENON, Jaqueline; BODNAR, Zenildo. **Os princípios da precaução e prevenção como fundamento para a inversão do ônus da prova no processo ambiental** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24033/os-principios-da-precaucao-e-prevencao-como-fundamento-para-a-inversao-do-onus-da-prova-no-processo-ambiental#ixzz3s17lscUa>>. Acesso em 22/03/2022.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Responsabilidade ambiental na produção agrícola**. Disponível em <[http://www.bunge.com.br/sustentabilidade/2008/port/download/cartilha\\_RA.pdf](http://www.bunge.com.br/sustentabilidade/2008/port/download/cartilha_RA.pdf)> Acesso em 21/03/2022.

MIRRA, Álvaro. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

MIRRA, Álvaro. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONSANTO. **Por que a agricultura precisa ser melhorada? Como a agricultura está relacionada ao planeta?** Disponível em:

<<http://www.monsanto.com/global/br/melhorar-a-agricultura/pages/como-a-agricultura-esta-relacionada-ao-planeta.aspx>> Acesso em 14/03/2022.

MOREIRA, Josino C. et al. Avaliação integrada do impacto do uso de agrotóxicos sobre a saúde humana em uma comunidade agrícola de Nova Friburgo, RJ. **Ciênc.saúde coletiva**, São Paulo, v.7, n.2, p. 299-311, 2002. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232002000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232002000200010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 22/03/2022.

MUNDOEDUCAÇÃO. **Plantation.** Disponível em: <<http://www.muncoeducacao.com/historiadobrasil/plantation.htm>>. Acesso em 26/03/2022.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro apud FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Efeito estufa: Emissões de CO2 pela agricultura dobraram em meio século, alerta FAO.** Disponível em:

<<http://nacoesunidas.org/efeito-estufa-emissoes-de-co2-pela-agricultura-dobraram-em-meio-seculo-alerta-fao/>>. Acesso em 22/03/2022.

\_\_\_\_\_. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Princípio 15.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>.

Acesso em 20/12/2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Aumentam as emissões de gases com efeito estufa provenientes da agricultura.** Disponível em:

<<http://www.fao.org/news/story/pt/item/224454/icode/>>. Acesso em 22/03/2022.

PEGADA ECOLÓGICA. **O que é pegada ecológica.** Disponível em: <[www.suapesquisa.com/ecologiasaude/pegada\\_ecologica.htm](http://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/pegada_ecologica.htm)>. Acesso em 15/04/2022.

PENSAMENTO VERDE. **As vantagens e desvantagens dos produtos geneticamente modificados.** Disponível em:

<<http://www.pensamentoverde.com.br/produtos/vantagens-desvantagens-alimentos-transgenicos/>>. Acesso em 08/03/2022.

RAMPTON, S.; STAUBER, J. **Trust us, we're experts! How industry manipulates sciences and gambles with your future.** Nova York: J.P. Tarcher, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 203.

SAUNDERS, Peter. **Use and abuse of the precautionary principle.** Disponível em:

<[http://www.biotech-info.net/precautionary\\_use-and-abuse.html](http://www.biotech-info.net/precautionary_use-and-abuse.html)>. Acesso em 2  
12/02/2022.

SEGRE, Conceição Aparecida de Mattos; SANTORO JUNIOR, Mario. **Considerações sobre o pediatra na sala de parto.** Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/06/1645357-conceicao-aparecida-de-mattos-segre-e-mario-santoro-junior-consideracoes-sobre-o-pediatra-na-sala-de-parto.shtml>>. Acesso em 28/03/2022.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TELES DA SILVA, Solange. Princípio da Precaução: Uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros & VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **Princípio da precaução.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TICKNER, J.L; MYERS, N. **Current status and implementation of the precautionary principle.** Disponível em:

<<http://www.sehn.org/ppcurrentstatus.html>>. Acesso em 22/03/2022.

TROUWBORST, A. **Evolution and status of the precautionary principle-2001 in International Law.** Londres: Kluwer Law International, 2002.

UNIVERSO ONLINE. **Brasil tem 2ª maior área de transgênicos, e a que mais cresce no mundo.**

Disponível em:

<<http://economia.uol.com.br/agronegocio/noticias/redacao/2014/02/14/Brasil-tem-2-maior-cultivo-e-producao-de-transgenicos-que-mais-cresce.htm>>. Acesso em 22/03/2022.

## A SENEXÃO COMO MECANISMO DE GARANTIA DO ENVELHECIMENTO DIGNO

**LAIS MELLO HAFFERS:** Advogada devidamente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo (OAB/SP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCAMP). Especialista em Direito de Família e Sucessões na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestranda em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Advogada em Família e Sucessões no escritório Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

**RESUMO:** A respeito da função do Direito de buscar solução para atender as constantes mudanças sociais, o Deputado Pedro Lucas Fernandes apresentou o Projeto de Lei nº 105/2020, que estabelece o instituto jurídico denominado senexão, em resposta ao crescente abandono material e afetivo de idosos. Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a aplicação do instituto senexão como mecanismo de garantia ao envelhecimento digno daqueles excluídos pela sua família originária. Sendo sua principal finalidade, ser uma fonte de pesquisa acessível aos Operadores de Direito, a fim de se possibilitar o aprofundamento do tema e, conseqüentemente, a sua aplicação. A metodologia utilizada no trabalho será o método dedutivo, a partir da coleta de informações da bibliografia brasileira, com enfoque no retro mencionado Projeto de Lei. Utilizaremos também bases de pesquisa online, pesquisas jurisprudenciais, bem como demais fontes que forem pertinentes ao enriquecimento do trabalho, com o intuito de alcançar o objetivo proposto. Destarte, torna-se imperioso o debate acerca da colocação de cidadãos de idade avançada em família substituta, como forma efetiva de cumprimento do disposto na legislação pátria e concretização dos princípios de proteção e amparo da pessoa idosa e de seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Senexão. Pessoa Idosa. Abandono Afetivo. Abandono Material. Direito das Famílias. Família Substituta.

**ABSTRACT:** The Society is constantly changing, while it is up to the legal system to find solutions to meet new demands. In this regard, Deputy Pedro Lucas Fernandes presented Bill of Law No. 105/2020, which establishes the legal institute called senexão, in response to the growing material and emotional abandonment of the elderly. Thus, the present work has as general objective to analyze the application of the senexão institute as a mechanism to guarantee the dignified aging of elderly people who were excluded by their original

family. Its main purpose is to be a source of research accessible to Law Operators, in order to deepen the topic and, consequently, its application. The methodology applied in this work will be the deductive method, from the collection of information of Brazilian's bibliography, with a focus on the aforementioned Bill. We will also use online search bases, jurisprudential research, as well as other sources that are relevant to the enrichment of the work, in order to achieve the proposed objective. Thereby, the debate on placing elderly citizens in a surrogate family is necessary as an effective way of fulfilling national legislation and implementing the principle of protection of the elderly and their fundamental right to family life and community.

**KEYWORDS:** Senexão. Senior. Affective Abandonment. Material Abandonment. Family Right. Surrogate Family.

## INTRODUÇÃO

A Sociedade está em constante mudança. De forma que, a história da estrutura familiar não pode ser traçada linearmente, tampouco existe um modelo único. O seu arranjo sempre se adequou às necessidades sociais inerentes de cada época<sup>9</sup> e está diretamente ligado ao desenvolvimento técnico-científico-medicinal e ao natural processo filosófico do ser humano<sup>10</sup>. Nesse ponto, os avanços técnicos, científicos e medicinais têm permitido a prolongação da vida. Em contrapartida, a modernidade tem causado relações mais efêmeras, inclusive no próprio núcleo familiar, ao passo que o abandono afetivo e material de pessoas idosas (com mais de sessenta anos) se tornou uma realidade, em completo desrespeito ao artigo 229 da Constituição Federal de 1988<sup>11</sup>. Enquanto isso, há pessoas maiores e capazes que demonstram possibilidade e desejo de amparar idosos sem qualquer vínculo biológico. Ora, o Direito deve acompanhar as conjunturas sociais que o modificam.

Nessa senda, surge o novo instituto jurídico denominado como senexão, que é o ato de colocar pessoa idosa em família substituta, em atenção aos princípios de proteção e amparo ao idoso, bem como mecanismo de garantia ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Imperioso salientar que o instituto difere da adoção, uma vez que a adoção é o ato civil que firma a relação de pais e filhos, com todos os direitos inseridos, inclusive os

9 VASSAL, M. G. **Evolução das Famílias e seus Reflexos na Sociedade e no Direito**. Série Aperfeiçoamento de Magistrado 12, Família do Século XXI, Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos, p. 126.

10 FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6: famílias. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 03/04.

11 Art. 229 da CFRB/88: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

sucessórios e registro civil. A senexão é, portanto, a solução encontrada como forma de amparo de idoso, sem o reconhecimento de laços paterno-filiais e suas consequências jurídicas, pois tão somente concede à pessoa idosa uma família substituta para suprir a falta de amparo ocasionada pelos seus familiares.

Em atenção às fragilidades que circulam a senilidade, o Projeto de Lei nº 105 de 2020, proposto pelo Deputado Pedro Lucas Fernandes do PTB/MA, possui como finalidade a criação de instituto inédito, com nome próprio. Isto porque, em razão de ser fenômeno novo no direito, cabe ao legislador criar nome próprio. Nesse ponto, a sugestão adotada é para a denominação de senexão, cuja “palavra formada da raiz latina “senex”, que corresponde a idoso e do sufixo “ão” que designa pertencimento, como em aldeia/aldeão, cidade/cidadão”<sup>12</sup>, conforme explicativa inserida no bojo do projeto.

Trata-se, pois, de sugestão de acréscimo do instituto de senexão ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741 de 1 de outubro de 2003), o qual nasce em razão do envelhecimento populacional, em conjunto com a exclusão de pessoas idosas pela sua família originária, criando a necessidade de instituir mecanismos legais que atendam estas pessoas abandonadas materialmente e afetivamente.

Pois bem, a escolha deste tema está atrelada ao fato do abandono de cidadãos em idade avançada ser uma problemática de abrangência nacional e de cunho social, que requer o olhar cuidadoso do Poder Legislativo e o estímulo do meio acadêmico, a fim de se construir políticas públicas que garantem o envelhecer saudável e que venham a incentivar a efetividade de direitos fundamentais. Isto porque, embora a velhice seja decorrente do direito à vida, ao contrário do que acontece com as crianças e adolescentes, atualmente no Brasil, não há qualquer legislação ou instrumento jurídico que efetivamente acolha a pessoa idosa marginalizada, de forma a violar seus direitos e garantias fundamentais. Ora, o envelhecimento se tornou um direito personalíssimo e sua proteção é um direito social

Diante disto, este estudo tem como objetivo geral analisar o instituto jurídico da senexão. No que diz respeito aos objetivos específicos, estes, dividir-se-ão em três tópicos: contextualizar brevemente a evolução das famílias; analisar os direitos e garantias fundamentais da pessoa idosa; bem como o abandono afetivo inverso; apresentar o Projeto de Lei nº 105/2020 e as questões que o rodeiam e; averiguar a viabilidade da aplicação da senexão.

---

<sup>12</sup>CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 105/2020. Disponível em:  
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236550>>.



No que tange à metodologia, será utilizado o método dedutivo, a partir de coleta de informações de bibliografia brasileira, com enfoque no retro mencionado Projeto de Lei, bem como bases de pesquisas online, jurisprudenciais e demais fontes pertinentes ao enriquecimento do trabalho, a fim de se fomentar o debate – mais do que trazer certezas – acerca de maneiras efetivas de concretização dos princípios de proteção e amparo da pessoa idosa e de seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Por ser um tema novo e, por consequência, carente de bibliografia<sup>13</sup>, busca-se ampliar a discussão no meio acadêmico, a fim de contribuir para a construção doutrinária. De forma que, o presente artigo tem como propósito convidar a comunidade jurídica para debater o instituto da senexão como uma medida/inação legislativa adequada para enfrentar as violações dos direitos e garantias fundamentais da pessoa idosa no Brasil, especialmente no tocante ao abandono afetivo e material.

## **1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS NO BRASIL**

A família é a célula base de toda e qualquer sociedade. O seu conceito transcende a sua própria historicidade, pois ela está sempre se reinventando. As constantes transformações nas estruturas familiares refletem no campo do Direito das Famílias. Isto porque, a família não é um grupo natural, mas cultural. “E, nem poderia ser diferente. Por ser o Direito, e, especialmente, o Direito das Famílias, fruto da cultura, é inquestionável que as alterações ocorridas na sociedade deveriam refletir sobre o modo de se enxergar e aplicar as normas jurídicas<sup>14</sup>”.

Nessa seara, a evolução dos arranjos familiares está vinculada ao avanço do homem e da sociedade, mutável com o desenvolvimento técnico-científico-medicinal e o natural progresso filosófico do ser humano<sup>15</sup>.

De forma a evitar o desfoque da proposta do presente artigo, passa-se a contextualizar a evolução das famílias, em sua história mais recente e com o olhar voltado ao Brasil.

A sociedade, antigamente, era conservadora, sendo indispensável no núcleo familiar a constituição de matrimônio para a obtenção de reconhecimento jurídico e aceitação

---

<sup>13</sup> Rodrigo da Cunha Pereira já se posicionou em sua rede social *Facebook* abordando a escassez de referências bibliográficas acerca do tema senexão. Disponível em: <https://www.facebook.com/watch/?v=500902810837530>.

<sup>14</sup> CALMON, P. N. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020, p. 66.

<sup>15</sup> HAFFERS, L. M. Multiparentalidade à luz do Direito Sistêmico. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016, p. 11.



social, cujo perfil era patriarcal e hierarquizado. Isto porque, o seu principal objetivo era a constituição e preservação do patrimônio, logo, entendia-se a família como unidade de produção, menosprezando-se os laços afetivos<sup>16</sup>, ao passo que não eram reconhecidos os filhos havidos fora do casamento. De forma sintética e clara, “a família tinha **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**. Tratava-se de uma entidade **patrimonializada**, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos”<sup>17</sup>. Sendo que tais restrições perduraram até a Constituição Federal de 1988, embora a sociedade já havia se transformado.

O reportado cenário não se sustentou com os avanços científicos, revertendo-o, especialmente, com a Revolução Industrial no século XVIII, que intensificou a necessidade de mão de obra, inserindo a mulher no mercado de trabalho, exercendo, em conjunto com o homem, a subsistência da família, modificando a estrutura familiar, ao passo que o homem deixou de ser a única fonte de renda para a subsistência familiar<sup>18</sup>. Motivo pelo qual, Maria Berenice Dias, assevera, com total razão, ter a família se tornado **nuclear**:

[...] restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo pendurar por toda a relação. Disso resulta que, **cessado o afeto**, está ruída a base de sustentação da família, e a **dissolução do vínculo** do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa<sup>19</sup>.

---

16 HAFFERS, L. M. Multiparentalidade à luz do Direito Sistemico. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016, p. 11/12.

17 DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

18 HAFFERS, L. M. Multiparentalidade à luz do Direito Sistemico. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016, p. 12.

19 DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

Ora, a necessidade da inserção da mulher no mercado de trabalho trouxe como consequência o declínio do patriarcalismo, de forma a retirar da família a sua força como hierarquia e instituição rígida, deixando de ser considerada um núcleo, em sua essência, econômico e reprodutivo, para ceder espaço ao companheirismo, ao amor, bem como ser vista como meio de formação e desenvolvimento de seus indivíduos, garantidor da dignidade, humanidade e humanização<sup>20</sup>. “A família matrimonializada, patriarcal, a, heteroparental, biológica vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental”<sup>21</sup>.

Pois bem. O ordenamento jurídico não traz a definição de família, tampouco poderia por ser construção cultural e estar constantemente em mudança. Diante da diversidade dos modelos familiares atualmente existentes, atrelar um único conceito à família é deixar à margem/desprotegidos diversos núcleos familiares. Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira:

O afeto e o princípio da afetividade autorizam a legitimação de todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações de família são legítimas. Somente desta forma pode ser alcançada a cidadania, que tem significado de juízo universal, ou seja, faz cumprir também o macrop princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, se a liberdade é a essência dos direitos do homem e de suas manifestações de afeto, a dignidade é a essência da humanidade<sup>22</sup>.

Nesse contexto de modificações, o afeto adquire marca relevante para uma construção conceitual de família, sendo apontado como o principal fundamento das relações familiares. Destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que a família pós-moderna se funda, “em sua feição jurídica e sociológica, no *afeto*, na *ética*, na *solidariedade recíproca entre os membros* e na preservação da *dignidade deles*. Esses são os referenciais da família contemporânea”<sup>23</sup>.

No momento em que se começou a casar por amor, ultrapassando a barreira do patriarcalismo e do caráter reprodutivo, para se propiciar um ambiente familiar caracterizado pelo amor, solidariedade, companheirismo, formador e estruturador dos seus membros, o princípio da afetividade foi ilustrado no ordenamento jurídico brasileiro.

20 PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 18/19.

21 MADALENO, R. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 20.

22 PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 98.

23 FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil. Vol. 6: famílias. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 06.

De forma que, “o amor está para o Direito de Família, assim como a vontade está para o Direito das Obrigações”<sup>24</sup>. Acerca do tema, disserta Rodrigo da Cunha Pereira:

Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto, a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. O afeto ganhou *status* de valor jurídico e, conseqüentemente, foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis. Afinal, o desejo e o amor são o esteio do laço conjugal e parental.

A entidade familiar deve ser tutelada como meio para a busca da felicidade de cada um de seus indivíduos. Daí a concepção eudemonista de família, na qual o afeto é o elo de manutenção entre os casais<sup>25</sup>.

O afeto decorre da valorização constante da dignidade humana, trata-se, pois, de direito fundamental à felicidade<sup>26</sup>.

Atualmente, com a evolução da estrutura familiar, tem-se a concepção eudomista, que avança na proporção que retrocede o seu aspecto instrumental, a fim de alcançar o seu efetivo conceito puro, o amor/afeto que liga cada membro de forma individualizada, simultaneamente, global para o aprimoramento da família unida que cotidianamente vivem todas as situações incertas e certas da vida, ou seja, trata-se da despatrimonialização da comunhão do afeto nos relacionamentos da família contemporânea. Em vista disso, acentuaram-se as relações de sentimentos entre seus integrantes, valorizando as funções afetivas da entidade familiar, ao passo, que a família se modifica, adquirindo novo perfil também para o casamento, haja vista que se voltam mais a realizar os interesses existenciais e afetivos de seus membros<sup>27</sup>.

Portanto, na atualidade, os laços paternos-filiais não se limitam mais a consanguinidade, mas em cuidar, viver, envelhecer juntos, ao passo que, auxiliar seus membros não deve mais ser atrelado como obrigação biológica, mas socioafetiva.

---

24 VILLELA, J. B. *apud* PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 98.

25 PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 97.

26 DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

27 HAFFERS, L. M. Multiparentalidade à luz do Direito Sistemico. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016, p. 24/25.

Nesse diapasão, atrelado aos laços socioafetivos, o ordenamento jurídico remeteu à sua atenção a classe dos mais vulneráveis, que demandam amparo e proteção do estado<sup>28</sup>. A este respeito, é do Estado o compromisso de assegurar o afeto aos seus cidadãos, seja por ações positivas – criando instrumentos (políticas públicas) que cooperam para as pretensões das pessoas – ou por abstenção de interferências estatais<sup>29</sup>.

Com efeito, na concepção atual da cultura brasileira, enquadram-se como vulneráveis, as pessoas idosas, definidas pelo Estatuto do Idoso como maiores de sessenta anos. Destaca-se que a “idade avançada não implica em **incapacidade** ou **deficiência**. No entanto, é inegável que traz limitações físicas e psíquicas relevantes”<sup>30</sup>.

Historicamente a conquista por direitos às pessoas idosas se deu de forma gradual no Brasil. Sendo que a Constituição Federal de 1988 quebrou paradigmas ao enquadrá-los como vulneráveis e, por isso, assegurar-lhes direitos e seguridade social pública. Neste ponto, elenca Patrícia Calmon:

Não raro, tamanha discrepância entre teoria e prática acaba levando a cenários não ideais, em que os papéis sociais que os idosos exerceram ao longo de sua história (pai, mãe, filho, trabalhador, marido, esposa etc) vão se perdendo, fazendo com que, na etapa final de suas vidas, sejam considerados sujeitos de direitos, mas não atores sociais. Em muitos desses casos, seus direitos são desrespeitados pela sociedade e, o que é pior, negligenciados e abandonados justamente por aqueles que deveriam assegurar fielmente sua observância: o Estado e a família<sup>31</sup>.

Tal circunstância exige maior efetivação de políticas públicas direcionadas a garantir o envelhecimento ativo e saudável. Afinal, como se abordará em capítulos posteriores, a convivência familiar e comunitária é um direito fundamental da pessoa idosa<sup>32</sup>:

---

28 SANTOS, A. S.; THOMASI, T. Z. A aplicação do instituto de Senexão no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3110/pdf99875>>. Acesso em 05 de agosto de 2021, p. 17/18.

29 HAFFERS, L. M.. Multiparentalidade à luz do Direito Sistêmico. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016, p. 24.

30 DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 647.

31 CALMON, P. N. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020, p. 65.

32 CF/88 – Art. 230: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O envelhecimento como fato social e a vulnerabilidade como uma condição intrínseca da pessoa idosa são fatores desencadeante de inúmeras consequências jurídicas: sejam sob a perspectiva do sujeito idoso, que tem um rol de direitos a chamar para sua proteção, seja da família, da sociedade e do Estado como os responsáveis para a garantia desses direitos. Entre eles, está a convivência familiar e comunitária como instrumento viabilizador da construção, do fortalecimento e garantia das relações afetivas<sup>33</sup>.

Diante do cenário do envelhecimento populacional e dos abandonos afetivos e materiais inversos, torna-se necessário a criação de mecanismos adequados para a inserção social plena e o desfrute dos direitos por essa faixa da sociedade.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Em conformidade ao visto alhures, foi apenas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, que o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou relevante e, para a sua concretização, foi implementada normativas. Não por outra sorte, também foi o ponto de início de discutir mais intensamente a situação da população senil, em especial, no tocante a sua participação social e o reconhecimento do seu valor<sup>34</sup>.

Extraíam-se da Carta Magna, os preceitos fundamentais norteadores dos direitos da pessoa idosa, fundados nos princípios da igualdade, solidariedade, proteção integral, bem como zelo pela sua dignidade e bem-estar. A lei “além das regras, traz princípios que tutelam direitos e garantias fundamentais dos idosos, estabelecendo oportunidades e facilidades para preservação da saúde física e mental e aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”<sup>35</sup>.

---

EI – Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

33 GIRARDI, V. *apud* IBDFAM. Abandono afetivo inverso é tema de palestra do Congresso Nacional do IBDFAM. Notícia publicada em 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

34 SANTOS, A. S.; THOMASI, T. Z. A aplicação do instituto de Senexão no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3110/pdf99875>>. Acesso em 05 de agosto de 2021, p. 9.

35 PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 506.

A Constituição Federal de 1988 assegura os direitos dos idosos, fundamentalmente, em seus artigos 229 e 230, senão vejamos:

Art. 229: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Se não suficiente os preceitos dos princípios da solidariedade e proteção integral defenderem o dever e essencialidade não apenas da sociedade, mas também do Estado e da família na inclusão efetiva dos idosos na coletividade, o texto constitucional igualmente estabelece expressamente tal obrigação.

Nesse ponto, impreterível dizer que as atribuições impostas ao Poder Público, sociedade e família não se limitam apenas à assistência econômica ou material, mas também às necessidades psíquicas e afetivas<sup>36</sup>.

Em compasso com as normas constitucionais, surge o microsistema do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, cuja importância está atrelada na busca pelo reconhecimento das necessidades especiais do público senil, de forma a assegurar o convívio social e o direito ao envelhecimento de maneira digna<sup>37</sup>.

Ainda, para fins de dizimar o debate, o Estatuto define como idoso a pessoa que tem mais de 60 anos de idade. O critério escolhido se mostra o mais adequado e prudente. Isto porque, o raciocínio etário por ser objetivo, desconsidera aspectos personalíssimos, como físicos, emocionais, psíquicos, econômicos ou sociais, para qualificar a etapa idosa do ciclo de vida de uma pessoa, o que evita desgastes e debates inviáveis<sup>38</sup>.

---

36 DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 642.

37 GOMES, V. S. Abandono afetivo de idosos: e o direito ao envelhecimento digno. 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/11564/Vers%c3%a3o%20final%20TCC%20Vit%c3%b3ria-%20Abandono%20afetivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 de agosto de 2021, p. 14.

38 GOMES, V. S. Abandono afetivo de idosos: e o direito ao envelhecimento digno. 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/11564/Vers%c3%a3o%20final%20TCC%20Vit%c3%b3ria-%20Abandono%20afetivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 de agosto de 2021, p. 11/12.



Aliás, nos termos do artigo 8º do Estatuto do Idoso, o envelhecimento se tornou um direito personalíssimo e sua proteção um direito social<sup>39</sup>. Pérola Melissa Viana Braga observa que “a proteção ao envelhecimento não é direito somente daquele que já envelheceu, mas também um elemento de segurança jurídica a sociedade como um todo”<sup>40</sup>.

Outrossim, o *caput* dos dispositivos 2º, 3º e 10 catalogam direitos aos idosos e reiteram o dever constitucional da família, Estado e sociedade em os assegurar. De forma a estabelecer a importância da família e do convívio familiar, que influenciam diretamente a qualidade de vida:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art. 10: É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Sendo que o artigo 9º determina ser obrigação do Estado “garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

Não é só, o mencionado diploma legal reconhece ainda a família substituta por intermédio de seu artigo 37 ao expor que: “o idoso tem direito a moradia digna, no seio

---

<sup>39</sup> Art. 8º: O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

<sup>40</sup> *Apud* IBDFAM. Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2019, p. 392.

da família natural ou substituta, ou desacompanhada de seus familiares, quando assim o desejar, ou ainda, em instituição pública ou privada”.

Entretanto, embora teoricamente há vasto acervo legal, na prática, a efetivação dos direitos e princípios fundamentais da pessoa idosa encontram obstáculos. Sobre isso, Patrícia Calmon comenta:

No campo teórico, talvez até possamos afirmar que existam normas, tanto no cenário interno quanto no internacional, visando tutelar os direitos da pessoa idosa. Contudo, no campo social e, mais especificamente, no campo da efetiva aplicação da lei brasileira, muitos desses direitos estão sendo desrespeitados e desprestigiados, seja por abandono da família ou por omissão do Estado, ao não estabelecer e executar políticas públicas adequadas.

Entre eles, pode-se citar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária do idoso (art. 230 da CR/88 c/c art. 3º do EI)<sup>41</sup>.

Ora, embora a velhice seja decorrente do direito à vida, por ser inerente à condição humana e o envelhecimento populacional um fenômeno mundial, os idosos ainda carecem de assistência, em especial, ao serem comparados, por exemplo, com as crianças. Isto porque, soma-se a cultura brasileira de não respeitar a ancestralidade e conceder o valor devido aos idosos, a maior longevidade da população ocorrida sem os estratos sociais e atores políticos estivessem prontos para suportar seus custos emocionais e financeiros<sup>42</sup>.

Ato contínuo, o número das institucionalizações de idosos em abrigos públicos tem se mostrado em progressão, sendo notório que o abandono material e imaterial (afetivo) da família originária contribui para esse alto índice<sup>43</sup>.

## **2. 1 ABANDONO AFETIVO E MATERIAL INVERSO**

---

41 CALMON, P. N. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020, p. 67.

42 IBDFAM. Abandono afetivo inverso é tema de palestra do Congresso Nacional do IBDFAM. Notícia publicada em 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

43 PIAZZA, M. S. de F.; TOMAZ, L. C. de L. Projeto de Lei nº 105/2020 e sua (in)adequação aos princípios constitucionais sob a perspectiva dos direitos dos idosos. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2129/1656>>. Acesso em 06 de agosto de 2021, p. 1122.

É cediço que há duas formas de abandono: o material, que está ligado aos aspectos econômicos e financeiros e; o afetivo, que em razão de suas peculiaridades e relevância para o problema do presente trabalho será analisado mais profundamente a seguir.

De proêmio, cumpre elencar que “o abandono material, considerado um crime de desamor, caracteriza-se pela omissão injustificada na assistência familiar, ocorrendo quando o responsável pelo sustento de uma determinada pessoa deixa de contribuir com a subsistência material de outra, não lhe proporcionando recursos necessários ou faltando com o pagamento de alimentos fixados judicialmente”<sup>44</sup>.

No tocante ao abandono afetivo inverso, trata-se “da abstração da necessidade de convívio familiar e a negação dos laços de afeto, não se atendo apenas a suprir as necessidades físicas deste grupo etário, mas também o cuidado psicológico, dando voz e reconhecendo a pessoa idosa como parte essencial do bom desenvolvimento social”<sup>45</sup>. Isto porque:

A responsabilidade afetiva é um dos pilares do bom convívio social e principalmente familiar. É nela que se fundam princípios morais, fortalecendo a boa convivência e o bom desenvolvimento do indivíduo como parte pertencente ao meio que se insere.

A necessidade humana de sentir-se pertencente e validado nas relações sociais interfere diretamente no bom desenvolvimento em diversas áreas ao longo de sua vida. Ao ter seu direito à afetividade negado no seio familiar, a pessoa idosa terá afetadas diretamente áreas como a saúde, o lazer, cultura, educação, entre outras, pois deixa de se sentir parte pertencente à coletividade, resultando, assim, na sua invalidação e marginalização<sup>46</sup>.

---

44 FILHOS *apud* GOMES, V. S. Abandono afetivo de idosos: e o direito ao envelhecimento digno. 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/11564/Vers%3%a3o%20final%20TCC%20Vit%3%b3ria-%20Abandono%20afetivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 de agosto de 2021, p. 20.

45 GOMES, V. S. Abandono afetivo de idosos: e o direito ao envelhecimento digno. 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/11564/Vers%3%a3o%20final%20TCC%20Vit%3%b3ria-%20Abandono%20afetivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 de agosto de 2021, p. 21.

46 GOMES, V. S. Abandono afetivo de idosos: e o direito ao envelhecimento digno. 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/11564/Vers%3%a3o%20final%20TCC%20Vit%3%b3ria-%20Abandono%20afetivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 de agosto de 2021, p. 20/21.

Não obstante, o artigo 229 da Carta Magna estabelece o dever recíproco entre pais e filhos no dever de cuidar, sendo denominado como abandono afetivo inverso quando o filho, em relação aos pais na velhice, age de forma omissiva. É, portanto, o não exercício do papel de filho no tocante aos seus pais idosos. Isto porque, no imaginário popular é dos pais a responsabilidade de cuidar dos filhos, por isso, o termo inverso<sup>47</sup>:

Logo, é visto que o abandono afetivo inverso condiz com a ausência de cuidado, proteção e assistência às pessoas idosas, respeitando os seus direitos expressos e que apesar de não existir um direito que obrigue a amar o outro, há o dever de assistir estes sujeitos e é por isso que se discute a possibilidade da colocação dos idosos em uma família substituta, uma vez que o número de abandonos afetivos é crescente na sociedade brasileira<sup>48</sup>.

Portanto, no caso da pessoa idosa, o abandono afetivo se configura pela ausência de convivência, comunicação e isolamento, a acentuar a circunstância de vulnerável, de forma a impactar a sua saúde mental, psíquica e emocional<sup>49</sup>. A falta de afeto e estímulo só debilita ainda mais quem se tornou frágil e carente com o avanço dos anos<sup>50</sup>. Ainda, sobre o tema, comenta Viviane Girardi: “a falta de convivência, contato, comunicação, atenção e zelo com as demandas psíquicas e emocionais do idoso são os grandes desencadeadores dos processos depressivos e dos demais quadros de doenças psicossomáticas em pessoas idosas, sendo de se registrar ainda que essas circunstâncias são também causas de suicídio na terceira idade”<sup>51</sup>.

O termo se originou da valorização jurisprudencial e doutrinária do afeto. Motivo pelo qual, mostra-se indispensável enfatizar a relevância do afeto para aquém das demandas jurídicas:

---

47 PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 508.

48 PEREIRA, R. L. P. Adoção de idosos: a busca pelo direito da convivência familiar e comunitária da Terceira Idade. Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. São Luís, 2020, p. 32.

49 IBDFAM. Abandono afetivo inverso é tema de palestra do Congresso Nacional do IBDFAM. Notícia publicada em 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

50 DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 648.

51 IBDFAM. Abandono afetivo inverso é tema de palestra do Congresso Nacional do IBDFAM. Notícia publicada em 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

No campo da psicologia, o termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. (...) Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente as jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hormônio que garante no organismo a sensação perene de bem-estar. (...) De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos<sup>52</sup>.

Ante ao exposto, percebe-se a importância do afeto para a concretização das estruturas familiares contemporâneas, correspondente a reunião dos sentimentos de cuidado, carinho e amor. Sendo o cuidado uma das facetas do afeto, infere-se seu valor jurídico<sup>53</sup>. A exemplificar, colaciona-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o abandono afetivo e revolucionou a jurisprudência. Não se trata da imposição de obrigar alguém a amar o outro, mas das consequências pelo descumprimento do dever legal de cuidar:

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação,**

---

<sup>52</sup> CASSETTARI, 2017, p. 22 *apud* MALUF, 2012, p. 18 *apud* PIAZZA, M. S. de F.; TOMAZ, L. C. de L. Projeto de Lei nº 105/2020 e sua (in)adequação aos princípios constitucionais sob a perspectiva dos direitos dos idosos. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2129/1656>>. Acesso em 06 de agosto de 2021, p. 1127/1128.

<sup>53</sup> PIAZZA, M. S. de F.; TOMAZ, L. C. de L. Projeto de Lei nº 105/2020 e sua (in)adequação aos princípios constitucionais sob a perspectiva dos direitos dos idosos. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2129/1656>>. Acesso em 06 de agosto de 2021, p. 1127/1128.

educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido<sup>54</sup>.

Nesse diapasão, cumpre salientar o Enunciado 10 do IBDFAM: “É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos”.

Ora, é evidente que a pessoa humana – um ser social e movido por sentimentos, necessita de ambiente propício a desenvolver toda sua potencialidade. “Muito mais saudável que a institucionalização, parece ser a colocação da pessoa idosa no seio de uma família (natural ou substituta), com plenitude para exercer os mais variados direitos fundamentais que lhe são inerentes, pois assim se garantirá, efetivamente, seu direito à convivência familiar e comunitária”<sup>55</sup>.

A finalidade do Direito é garantir a segurança jurídica e paz social, mediante pacificação das expectativas legítimas das pessoas. Em virtude do constante abandono afetivo e material inverso, surge a necessidade de aprimoramento das políticas públicas existentes. Diante do cenário conflitante entre as normas existentes e a prática, mostra-se de relevante utilidade social o Projeto de Lei nº 105 de 2020, que objetiva o

---

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de responsabilidade civil por abandono afetivo. Recurso Especial nº 1.159. 242-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero\\_registro=200901937019](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=200901937019)>. Acesso em: 02 de julho de 2021.

55 CALMON, P. N. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020, p. 69.



aperfeiçoamento da legislação vigente quanto ao amparo do idoso, ao sugerir a criação de um novo instituto no Direito das Famílias, conforme se verá em no tópico subsequente.

### **3. A SENEXÃO E O PROJETO DE LEI Nº 105 DE 2020**

O cumprimento do processo natural da vida implica dizer que todos irão envelhecer. Não por outra sorte, em consequência aos avanços científicos, tecnológicos e medicinais, a longevidade da população está maior, ao passo que de acordo com projeção do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2040, 25% da população terá mais de 60 anos. Todavia, o Brasil ainda carece de políticas públicas eficazes para proteger e garantir essa crescente parcela da sociedade. “O preconceito com os idosos tem produzido injustiças e equívocos nas políticas públicas de saúde e, conseqüentemente, de proteção às famílias. É necessário reconhecer que, se eles já não fazem mais parte da cadeia produtiva do país, já deram sua parcela de contribuição econômica, significando em última análise, o reconhecimento e a atribuição de um lugar de merecimento” 56.

Seguindo o viés de que a filiação não se limita ao nascimento, mas em crescer, viver e envelhecer juntos, é que se enquadra no novo contexto social a senexão, prevista no Projeto de Lei nº 105/2020, proposto pelo Deputado Federal do Partido Trabalhista Brasileiro, Pedro Lucas Fernandes, à Câmara dos Deputados.

O instituto da senexão nasce com o intuito de minorar a ausência de políticas públicas eficientes que acompanham o crescimento exponencial da população idosa, visto que na hipótese do Estado se manter em defasagem, o envelhecimento se tornará um problema social em constante agravamento<sup>57</sup>. “Assim, o novo instituto preserva as garantias existentes e busca melhorias, ratificando sua viabilidade e necessidade de ser acrescido positivamente e de forma não colidente ao Estatuto do Idoso, preservando o princípio do melhor interesse da pessoa idosa e obedecendo aos princípios norteadores do direito dos idosos; o princípio da proteção integral e o princípio da absoluta prioridade”<sup>58</sup>.

Em razão do Direito ser fruto da cultura, e esta, por seu turno, fruto da linguagem, admite-se a criação de novos institutos pelo Poder Legislativo, com a finalidade de

---

56 PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 505.

57 SANTOS, A. S.; THOMASI, T. Z. A aplicação do instituto de Senexão no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3110/pdf99875>>. Acesso em 05 de agosto de 2021.

58 DRUMOND, I. N. P. de C.; FERRAZ, M. Senexão: a colocação de idosos em famílias substitutas como alternativa para o amparo de idosos órfãos. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. V. 1, n. 19, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/36862>>. Acesso em 30 de agosto de 2021, p. 673.

regulamentar situações de fato<sup>59</sup>. É exatamente o que pretende fazer o Deputado Pedro Lucas, ao propor acrescentar a senexão ao Estatuto do Idoso, como mecanismo de amparar e proteger o público senil.

Etimologicamente, a denominação adotada advém da “palavra formada da raiz latina “senex”, que corresponde a idoso e do sufixo “ão” que designa pertencimento, como em aldeia/aldeão, cidade/cidadão”<sup>60</sup>, conforme explicativa inserida no bojo do projeto.

O Projeto de Lei (PL) define como senexão o ato da colocação de pessoas idosas em família substituta, sem que haja a alteração no estado de filiação e, por conseguinte, nos direitos sucessórios, mas, tão somente, a caracterização de laços socioafetivos, a fim de proporcionar amparo e estabilidade aos idosos em situação de vulnerabilidade ou abandono, conforme se extrai dos artigos do Projeto:

Art. 45 A: Idosos em situação de vulnerabilidade ou abandono, que tenham sido encaminhados a abrigos ou estejam desamparados pelas famílias originárias podem ser integrados em família receptora pelo instituto da senexão, conforme Art. 55 A e seguintes.

Art. 55 A: Para a colocação de idoso em família substituta, a fim de proporcionar-lhe amparo e estabilidade de relações sócio afetivas com a família receptora, admite-se a senexão.

Art. 55 C: A senexão não estabelece vínculos de filiação entre senector e senectado, nem afeta direitos sucessórios, mas estabelece vínculos de parentesco sócio afetivo [...]

Nesse liame, cumpre o alerta de que, embora há diversas similaridades, a senexão difere da figura da adoção, visto que nesta última recai todos os efeitos decorrentes da filiação, inclusive os aspectos sucessórios, e há o rompimento dos laços parentais originários. Calha que, em sua maioria, a lacuna do idoso a ser preenchida não é a necessidade de vincular um pai, mãe ou filho, mas de prover cuidados e companhia<sup>61</sup>. A ideia da senexão é facilitar a colocação de idosos em famílias substitutas, bem como evitar

<sup>59</sup> CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

<sup>60</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 105/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236550>>.

<sup>61</sup> DRUMOND, I. N. P. de C.; FERRAZ, M. Senexão: a colocação de idosos em famílias substitutas como alternativa para o amparo de idosos órfãos. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. V. 1, n. 19, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/36862>>. Acesso em 30 de agosto de 2021, p. 668.

que indivíduos aproveitem do instituto para obter vantagens patrimoniais da pessoa idosa. Além disso, a adoção exige o respeito a requisitos subjetivos e objetivos que não são necessários à senexão, ao passo que a senexão seria um método mais simples e célere<sup>62</sup>, o que pode refletir em meio mais eficiente para idosos em situação de vulnerabilidade.

Isto porque, a proposta da implementação do instituto da senexão é ser aplicável a idosos em situação de risco social, por ação ou omissão do Estado e/ou sociedade. “Presume-se, assim, que por se tratar de uma medida de proteção, seu procedimento deve ser mais rápido e eficaz em comparação aos demais aqui citados, tendo em vista que seu principal objetivo é a garantia do amparo e estabilidade do idoso em suas relações socioafetivas”<sup>63</sup>. Ao tratar o assunto, entendem Luiza Gracie Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva:

[...] É de observar que enquanto a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, rompendo-se os vínculos de parentesco com a família natural - salvo os impedimentos matrimoniais -, criando-se vínculos de filiação com a família substituta, a proposta legislativa em tela não atribui ao idoso relação de filiação com a família acolhedora.

E também é de notar que a curatela é instituto que se aplica a quem tem deficiência mental ou intelectual, o que não se pode aplicar, de modo geral, ao idoso.

A “senexão” do projeto em tela pretende a constituição de vínculos socioafetivos entre os envolvidos, e não a filiação, implicando a obrigação do “senector” em manter, sustentar e amparar de todas as formas materiais e afetivas as necessidades do idoso<sup>64</sup>.

Observa-se que o PL traz a nomenclatura da “socioafetividade”, para definir o elo entre os dois envolvidos, em especial nos artigos 55 A, C e F. Da sua leitura, acredita-se

---

62 PIAZZA, M. S. de F.; TOMAZ, L. C. de L. Projeto de Lei nº 105/2020 e sua (in)adequação aos princípios constitucionais sob a perspectiva dos direitos dos idosos. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2129/1656>>. Acesso em 06 de agosto de 2021, p. 1125/1126.

63 MALUF, L. G.; SILVA, R. B. T. da. “Senexão” como novo instituto de família. 2020. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/post/senex%C3%A3o-como-novo-instituto-de-fam%C3%ADlia>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

64 MALUF, L. G.; SILVA, R. B. T. da. “Senexão” como novo instituto de família. 2020. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/post/senex%C3%A3o-como-novo-instituto-de-fam%C3%ADlia>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

que o projeto buscou ampliar o espectro conceitual de socioafetividade para possibilitar o reconhecimento de laços afetivos sem caracterizar vínculo de filiação, uma verdadeira inovação para o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, entende-se que o legislador propôs a constituição de parentesco em sentido amplo (*latu sensu*), de forma que a pessoa idosa ingressa no nicho familiar substituto como parente atípico, inominado e não filial<sup>65</sup>.

Nesse momento, oportuno se faz analisar as prerrogativas do PL. Além das orientações acima citadas, a sugestão legislativa propõe ser a senexão ato irrevogável (art. 55 B) e registrada em livro próprio no Cartório de Registros de Pessoas (art. 55 A, parágrafo único), após ter tramitado sua análise pela via judicial, com acompanhamento multidisciplinar e total preferência de processamento (art. 55 H). Não é só, é necessário ainda a anuência do idoso envolvido (senectado), por si ou por seu curador e, sendo a pessoa receptora (senectora) casada, depende da anuência de seu cônjuge (art. 55 C, §1º e 2º)

A senexão, portanto, consistiria em:

[...] mais uma medida protetiva específica do Estatuto do Idoso (art. 45). Consequentemente, seria cabível em casos onde se verificasse ameaça ou violação aos direitos do idoso, estando este em situação de risco social, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento, ou, por fim, em razão de sua condição pessoal (art. 43, I, II e III, EI), tendo por finalidade a tutela de direitos de idosos em situação de vulnerabilidade ou abandono, que estivessem inseridos em instituições de longa permanência (ILPI) ou desamparados, através de sua colocação em uma família substituta, visando lhes proporcionar amparo e estabilidade em suas relações socioafetivas<sup>66</sup>.

No plano do direito material, o Projeto de Lei estabelece direitos e deveres a ambas as partes, senectado e senector. O senector, pessoa maior e capaz, recebe o senectado em sua família para proporcionar amparo e assistência de todas as formas materiais e afetivas

---

65 CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

66 CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

(art. 55 B e 55 C). As obrigações e deveres do senector estão delimitados em dois principais artigos:

Art.55 D. São obrigações do senector:

I – a manutenção do senectado como pessoa da família, provendo todas as suas necessidades materiais e afetivas;

II – fornecer ao senectado ambiente familiar de acolhimento e segurança, tratando-o como parente;

III – cuidar de todas as necessidades de saúde do senectado;

IV – fornecer ao senectado um ambiente propício a sua idade, estimulando atividades compatíveis com sua capacidade, a fim de integrá-lo socialmente, estimular sua autonomia e desenvolvimento de aprendizado, se assim desejar, e fornecer-lhe ambiente de tranquilidade e segurança.

Art. 55 E. São direitos do senector:

I – inscrever o senectado como dependente para fins tributários;

II– inscrever o senectado em planos de saúde, assistência, seguros ou previdência pública ou privada;

III – ser declarado herdeiro do senectado apenas no caso de herança vacante, tendo preferência na ordem sucessória sobre o estado.

Como visto alhures, a senexão se preocupa em resguardar os direitos patrimoniais do senectado. E, é com base nessa premissa que os direitos do senector foram estruturados, em especial, ao se prever o afastamento na participação da herança, sendo permitido apenas em caso vacância.<sup>67</sup>

Por sua vez, os direitos do senectado também estão definidos:

Art. 55 F. São direitos do senectado:

---

67 DRUMOND, I. N. P. de C.; FERRAZ, M. Senexão: a colocação de idosos em famílias substitutas como alternativa para o amparo de idosos órfãos. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. V. 1, n. 19, 2021. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/36862> >. Acesso em 30 de agosto de 2021, p. 678/679.

I - ser recebido voluntariamente como membro da família do senector, na qualidade de parente sócio afetivo, recebendo todo amparo devido a pessoa da família;

II - viver em ambiente propiciado pelo senector em que possa realizar as atividades de que seja capaz e tenha desejo, a fim de manter sua realização plena como pessoa humana;

III - receber do senector e sua família todo amparo material e afetivo necessário, inclusive sendo estimulado à autonomia, enquanto possível, e recebendo cuidados adequados quando não.

Não é só, caso o senector venha a falecer antes do senectado, todos os direitos e deveres advindos do instituto serão transferidos aos seus herdeiros (art. 55 I). À vista disso, indaga-se a possibilidade da legislação impor aos herdeiros tal obrigação, eis que o elo estabelecido é oriundo de escolha personalíssima das partes envolvidas, sendo que os herdeiros do senector podem não possuir qualquer laço com o senectado.

No tocante à louvável proposta legislativa, colaciona-se o comentário tecido por Patrícia Calmon:

Embora a sugestão feita neste texto possa gerar algum incômodo inicial, é necessário ressaltar que o Direito evolui diante dos fatos que lhe são apresentados e tais situações – que já estão sendo judicializadas – precisam de uma adequada tutela, ainda que vá de encontro a alguns dogmas. Já que o propósito atual é conferir cada vez mais autonomia aos idosos, proporcionando-lhes o que vem sendo chamado de “envelhecimento ativo”, sua colocação em família substituta parece vir justamente ao encontro de tal proposta, já que proporcionaria sua integração a um núcleo pautado no afeto, conferindo-lhe dignidade, bem-estar e pertencimento<sup>68</sup>.

Ainda, há que se ressaltar um importante aspecto do PL quanto ao dever do senector de cuidar de todas as necessidades de saúde do senectado. Nas hipóteses de impossibilidade do senectado decidir, cabe ao senector a responsabilidade de decidir todas as questões acerca de tratamentos médicos e quaisquer atividades, ao passo que afasta da família biológica poder decisório (art. 55 G).

---

68 CALMON, P. N. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020, p. 76.



Nesse ponto, nota-se que há, no retro mencionado dispositivo, uma ampliação semântica perigosa ao direcionar o poder decisório ao senector de quaisquer atividades do senectado, em caso de sua impossibilidade de decidir<sup>69</sup>.

Ora, no ordenamento jurídico brasileiro tem como indispensável a propositura da ação de curatela ou tomada de decisão apoiada, nas hipóteses em que a pessoa, acometida por alguma causa de incapacidade, está impossibilitada de decidir, resguardando, assim, os seus direitos. “Nem mesmo a família biológica poderá decidir atos generalizados daquela pessoa incapaz por si, já que isto seria um ato que atentaria frontalmente contra a própria perspectiva de maior autonomia do idoso, sendo o mesmo do que uma “interdição” sem o devido processo legal”<sup>70</sup>.

Diante disso e, considerando que a curatela concerne apenas aos atos relacionados a direitos patrimoniais e negocial<sup>71</sup>, a interpretação que parece melhor se aplicar ao artigo 55 G do PL é de abranger apenas normativas existenciais, como é o caso do tratamento de saúde. “Afim, pensar de outra forma esbarraria em nítida ilegalidade e, além disso, parece que projeto de lei não tem por pretensão conferir maiores poderes ao senector do que aqueles que a própria família biológica possuiria”<sup>72</sup>.

A ideia da criação do instituto da senexão não é fomentar a correlação entre idoso e incapacidade, de forma a afetar a sua autonomia e independência, mas em garantir, dentre os demais, o direito à convivência familiar e comunitária – intrinsecamente vinculada à moradia digna, que está expressamente previsto no artigo 3º do Estatuto do Idoso, o qual fortaleceu a proteção estabelecida no artigo 230 da Constituição Federal<sup>73</sup>. “Contempla-se tratar-se de substancial avanço, visto que tal previsão legal adstringe-se à alocação familiar da pessoa idosa, sem implicar-lhe na automática restrição da sua

---

69 CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADlias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

70 CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADlias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

71 Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), art. 85: A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

72 CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADlias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

73 CALMON, P. N. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020, p. 69/70.

capacidade de autodeterminação, de modo que a capacidade civil mantém-se hígida”<sup>74</sup>. Neste contexto:

Com isso, o PL n. 105/2020 ao possibilitar que a pessoa idosa seja inserida em uma família substituta, visando proporcionar amparo e proteção, há uma efetivação do que já está disposto na legislação pátria, mas que, muitas vezes, não é cumprido em sua totalidade, pois, há um crescente abandono afetivo e material destes indivíduos.

Assim, com o processo de envelhecimento e o aumento das demandas por políticas públicas para a pessoa idosa, e em resposta às diretrizes internacionais, o Brasil avançará ao estabelecer a inserção do instituto jurídico na “Senexão” em seu ordenamento jurídico.

Neste sentido, é urgente a necessidade de implementação de um novo instituto que vise proteger os interesses da pessoa idosa, um instituto jurídico marcado pelo vínculo socioafetivo, que possibilite a efetivação dos direitos inerentes aos idosos, protegendo sua dignidade humana, ou seja, a “Senexão”<sup>75</sup>.

Neste viés, a adoção do Projeto de Lei nº 105/2020 aprimora o Estatuto do Idoso, de forma a viabilizar a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais da população senil, em conformidade com os princípios da afetividade, solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da proteção ao idoso<sup>76</sup>. Por isso, a necessidade do aprofundamento do debate acerca do tema. Nesse liame, cumpre salientar que a senexão não almeja a minoração da autonomia ou independência da classe senil. Ao contrário, busca a ruptura da construção social que atrelou ao idoso a imagem de indivíduo frágil, enfermo ou até mesmo, incapaz, ao passo que a preocupação existente no projeto em questão recai no suprimento das necessidades emocionais da pessoa idosa<sup>77</sup>.

---

74 REMONTI, L. Do abandono afetivo inverso a senexão. Disponível em: <<https://doity.com.br/anais/ii-simposio-de-direito-contemporaneo-resumos-expandidos/trabalho/159935>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

75 SANTOS, A. S.; THOMASI, T. Z. A aplicação do instituto de Senexão no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3110/pdf99875>>. Acesso em 05 de agosto de 2021, p. 18.

76 SANTOS, A. S.; THOMASI, T. Z. A aplicação do instituto de Senexão no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3110/pdf99875>>. Acesso em 05 de agosto de 2021, p. 13/14.

77 REMONTI, L. Do abandono afetivo inverso a senexão. Disponível em: <<https://doity.com.br/anais/ii-simposio-de-direito-contemporaneo-resumos-expandidos/trabalho/159935>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

## CONCLUSÃO

Em suma, após os estudos feitos, que embora não tão abrangentes são de grande valia para os Operadores do Direito, este trabalho é desenvolvido na tentativa de compreender as questões sobre o tema escolhido, realizado por meio de prévios estudos sobre o fenômeno mundial do envelhecimento e o conseqüente abandono afetivo e material inverso, contemplando o instituto da senexão como um mecanismo adequado na solução deste problema social, com a principal finalidade de ser uma fonte de pesquisa acessível aos Operadores de Direito, a fim de se possibilitar o aprofundamento do tema e, conseqüentemente, a sua aplicação.

Como visto alhures, a concepção de família está em constante transformação, sendo que atualmente, a afetividade é o princípio que norteia o direito brasileiro, cuja diversidade nos arranjos familiares é caracterizada pelo ideal eudemonista.

Em razão da atenção direcionada a dignidade da pessoa humana – princípio diretamente vinculado ao afeto, surgiu a necessidade de proteger os grupos mais vulneráveis, dentre eles, os idosos. Isto posto, o público senil tem especial proteção e amparo no ordenamento jurídico brasileiro, com seus direitos salvaguardados desde no escopo da Constituição Federal de 1988 até na criação de Estatuto próprio (Lei nº 10.741/03).

Todavia, há inúmeras dificuldades enfrentadas para a concretização de tais garantias, principalmente, em decorrência do alto índice de abandono afetivo e material.

Diante disso, mostra-se viável a aplicação da senexão como alternativa para efetivação dos direitos fundamentais da pessoa idosa, que corresponde a inclusão do idoso em família substituta, sem que haja o reconhecimento de vínculo de filiação (e conseqüentemente direitos sucessórios), mas com a constituição de laços socioafetivos.

Nesse cenário, não há ausência de exoneração obrigacional da família originária, eis que tal vínculo não é dissolúvel, devendo projetar seus efeitos enquanto o laço perdurar. Todavia, ao se identificar o abandono, não é plausível manter o idoso à mercê do desafeto, de forma que, não há a substituição de vínculos, tão somente o acréscimo do socioafetivo.

Dessa forma, o instituto em análise reforça a efetivação dos dispositivos da atual legislação, no que concernem à proteção e amparo da pessoa idosa. Além de concretizar os princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, bem como garantir, especialmente, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, que está umbilicalmente ligado à moradia digna. A senexão se predispõe a assegurar a

dignificação enquanto ser humano da pessoa idosa, em nada afetando a sua capacidade civil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Balanço anual do Disque 100 registra aumento de 13% em denúncias de violações contra a pessoa idosa. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-do-disque-100-registra-aumento-de-13-em-denuncias-de-violacoes-contr-a-pessoa-idosa>. Acesso em 14 de agosto de 2021.

BITENCOURT, R. O. M. de; DALTO, F. A. S. Envelhecimento Populacional e a trajetória das Políticas Públicas voltadas para pessoa idosa no Brasil, II Seminário de Pós-graduação em Políticas Públicas, 2018 Disponível em: <[https://eventos.ufpr.br/SPPP/II\\_SPPP/paper/view/1327](https://eventos.ufpr.br/SPPP/II_SPPP/paper/view/1327)>. Acesso em 14 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de responsabilidade civil por abandono afetivo. Recurso Especial nº 1.159.242-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901937019](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019)>. Acesso em: 02 de julho de 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.

CALMON, P. N. Senexão: um novo instituto do direito das famílias?. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADlias%3F>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

\_\_\_\_\_. A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade? Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37(jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 105/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236550>>. Acesso em 09 de julho 2021.

COUTO, M. C. P de P.; et al. Avaliação de discriminação contra idosos em contexto brasileiro – ageísmo. Teor. e Pesq. vol.25 no.4 Brasília Oct/Dec. 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102->

37722009000400006&script=sci\_arttext&tIng=pt>. Acesso em 21 de agosto de 2021.  
CRUZ, M. L. P. Abandono afetivo de idosos. 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1372/Abandono+afetivo+de+idosos>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DRUMOND, I. N. P. de C.; FERRAZ, M. Senexão: a colocação de idosos em famílias substitutas como alternativa para o amparo de idosos órfãos. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. V. 1, n. 19, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/36862>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil. Vol. 6: famílias. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GOMES, V. S. Abandono afetivo de idosos: e o direito ao envelhecimento digno. 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/11564/Vers%C3%A3o%20final%20TCC%20Vit%C3%B3ria-%20Abandono%20afetivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 de agosto de 2021.

HIRONAKA, G. M. F. N. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo.#:~:text=Neste%20diapas%C3%A3o%2C%20o%20dever%20de,desta%20forma%2C%20analisar%20os%20elementos>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.

HIRONAKA, G. M. F. N. Sobre Peixes e Afetos: Um devaneio acerca da Ética no Direito de Família. 2006. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.

IBDFAM. Adoção ou senexão: uma saída para garantir o direito à convivência familiar e comunitária à pessoa idosa. Notícia publicada em 28 de maio de 2020 Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7318/Ado%C3%A7%C3%A3o+ou+senex%C3%A3o:+uma+sa%C3%ADda+para+garantir+o+direito+%C3%A0+conviv%C3%AAncia+familiar+e+comunit%C3%A1ria+%C3%A0+pessoa+idosa>>. Acesso em 16 de agosto de 2021.

\_\_\_\_\_. Abandono afetivo inverso é tema de palestra do Congresso Nacional do IBDFAM. Notícia publicada em 14 de agosto de 2019. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2019.

JUNIOR, H. Z. A atribuição do Ministério Público nas Ações de Família. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/52388/34879>>. Acesso em 08 de agosto de 2021.

MADALENO, R. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, L. G.; SILVA, R. B. T. da. “Senexão” como novo instituto de família. 2020. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/post/senex%C3%A3o-como-novo-instituto-de-fam%C3%ADlia>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

HAFFERS, L. M.. Multiparentalidade à luz do Direito Sistêmico. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016.

MENDES, M. RSS B., et al., A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. São Paulo. Acta. Paul. Enfermagem. Vol. 18 no. 4 São Paulo. Out/Dez. 2005. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-21002005000400011&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-21002005000400011&script=sci_arttext)>. Acesso em 21 de agosto de 2021.

PEREIRA, R. L. P. Adoção de idosos: a busca pelo direito da convivência familiar e comunitária da Terceira Idade. Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. São Luís, 2020.

PEREIRA, R. da C. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIAZZA, M. S. de F.; TOMAZ, L. C. de L. Projeto de Lei nº 105/2020 e sua (in)adequação aos princípios constitucionais sob a perspectiva dos direitos dos idosos. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2129/1656>>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

REMONTI, L. Do abandono afetivo inverso a senexão. Disponível em: <<https://doity.com.br/anais/ii-simposio-de-direito-contemporaneo-resumos-expandidos/trabalho/159935>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

STJ. Apelação Cível: AC 10000150873347002. Relatora: Sandra Fonseca. DJ: 16/10/2019, JusBrasil, 2019. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1111 de 03/09/2022 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](https://tj-</a></p></div><div data-bbox=)



mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770281437/apelacao-civel-ac-10000150873347002-mg?ref=serp>. Acesso em 02 de agosto de 2021.

SANTOS, A. S.; THOMASI, Tanise Zago. A aplicação do instituto de Senexão no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3110/pdf99875>>. Acesso em 05 de agosto de 2021.

SANTOS, F. B.; OLIVEIRA, Lilian Zucolote de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Senexão: uma solução para garantir o direito à convivência familiar e comunitária à pessoa idosa. 2020. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8547/67649815>>. Acesso em 02 de julho de 2021.

VASSAL, M. G. **Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no Direito**. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiaidosefamilia.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2021.

## **ALGUNS ASPECTOS SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

**MARIANA CARLA BATISTA CARRILHO:**

Discente do curso de Direito do Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC

**LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON**

(orientadora)

**RESUMO:** O trabalho apresenta como objetivo principal realizar um estudo amplo em relação a violência obstétrica, entende-se como violência obstétrica qualquer medida e/ou ato invasivo realizado por qualquer que seja o agente de saúde, sem a autorização da paciente gestante, lembrando que, nem sempre o ato invasivo é físico, algumas vezes pode tratar-se de um dano psicológico. Para muitos a temática pode ser considerada um tanto quanto polêmica, pois para o entendimento de muitos coloca em xeque a boa-fé dos profissionais da saúde. No entanto, é inegável que a violência obstétrica exista, porque o que não falta são relatos de pacientes que sofreram e ainda sofrem com os efeitos colaterais de procedimentos invasivos desnecessários no momento do parto, e é sabido que a vontade da gestante deve ser preservada no momento do parto. Diante do exposto, é possível concluir que o tema violência obstétrica, apresenta grande relevância de estudo atualmente, pois trata a respeito dos direitos, da autonomia sobre o próprio corpo e também da dignidade da mulher. O trabalho foi realizado com base em revisões de literatura, com pesquisas em sites, blogs, artigos, livros revistas referência para a área de estudo, de forma árdua e meticulosa.

**Palavras-chave:** Mulher. Procedimentos. Violência.

**ABSTRACT:** The main objective of the work is to carry out a broad study in relation to obstetric violence, as obstetric violence is any measure and/or invasive act performed by any health agent, without the authorization of the pregnant patient, remembering that neither always the invasive act is physical, sometimes it can be a psychological damage. For many, the theme can be considered somewhat controversial, because for the understanding of many, it calls into question the good faith of health professionals. However, it is undeniable that obstetric violence exists, because there is no lack of reports of patients who have suffered and still suffer from the side effects of unnecessary invasive procedures at the time of delivery, and it is known that the will of the pregnant woman must be preserved in the time of childbirth. Given the above, it is possible to conclude that the subject of obstetric violence has great relevance of study today, as it deals with rights,

autonomy over one's own body and also the dignity of women. The work was carried out based on literature reviews, with research on websites, blogs, articles, books, magazines, reference for the area of study, in an arduous and meticulous way.

**Keywords:** Women. Procedures. Violence.

## **INTRODUÇÃO**

O assunto abordado neste artigo busca explorar e explicar acerca dos direitos assegurados as mulheres gestantes. Como é sabido o parto por muitos anos foi considerado algo comum entre as mulheres, sendo batizado como um evento feminino.

Desde os primórdios até o início do século XX as mulheres davam à luz nas suas casas com o auxílio de parteiras ou até membros da família. A partir da segunda década do século XX, com o aumento da tecnologia, inicia-se a hospitalização do parto, o qual passa a ser visto como um evento patológico, necessitado de condução médica em instituições hospitalares.

Atualmente, o parto vaginal é associado à dor intensa e sofrimento e isso se deve ao atual modelo de assistência obstétrica o termo tecnocrático. O termo é utilizado quando a gestante deixa de ser a protagonista do seu próprio corpo, ou seja, quando ela não se impõe diante dos fatos, quando considera a gestação como algo inseguro requisitado de múltiplas intervenções, muitas vezes desnecessárias e prejudicial para mãe e bebê. A violência obstétrica começa a ganhar espaço na segunda década do século XXI através de movimentos feministas e documentários, umas das obras que marcaram foi "Espelho de Vênus" onde relata o parto institucionalizado como uma vivência traumática e violenta. Porém, o assunto foi negligenciado devido à grande resistência de profissionais em reconhecer o tratamento prestado como violência.

O mesmo termo é utilizado para todos os tipos de violência sofridos pela mulher durante a gravidez, o parto, pós-parto e abortamento. As agressões podem ser físicas, psicológicas, verbais ou sexuais, além de negligência, discriminação e condutas excessivas ou desnecessárias, muitas vezes prejudiciais e sem embasamento em evidências científicas. Essas práticas submetem mulheres a normas e rotinas rígidas e muitas vezes desnecessárias, que não respeitam os seus corpos e os seus ritmos naturais e as impedem de exercer seu protagonismo. Nos últimos anos o Brasil tenha avançado a violência obstétrica, uma a cada quatro mulheres sofre alguma forma de violência durante o parto e aproximadamente metade das que abortaram relatam ter sofrido algum tipo de violência, principalmente no caso de abortos provocados.

## **1. ASPECTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

De antemão, de forma sucinta conceitua-se a violência obstétrica como o abuso sofrido por mulheres durante a gestação, onde seus agressores são os profissionais de saúde, tais abusos podem ser apresentados como violência física ou psicológica. No que tange a saúde pública não é novidade a precariedade, segundo o estudo “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”, realizado pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Serviço Social do Comércio (SESC), em 2010, 1 em cada 4 mulheres sofrem violência obstétrica no Brasil, e as estatísticas continuam, o Brasil é o segundo país com maior índice de cesárias, com uma taxa acima de 55% do total de partos, vale ressaltar que a OMS (Organização Mundial da Saúde) recomenda uma taxa de cesáreas entre 10% e 15%. Em média, isso corresponde ao número de nascimentos em que há complicações que uma cesariana pode eliminar, salvando vidas.

Com o intuito de elucidar ainda mais sobre o conceito, a promotora de Justiça, Dra. Fabiana Dal'mas Rocha Paes, explica:

Entende-se por violência obstétrica toda ação ou omissão direcionada à mulher durante o pré-natal, parto ou puerpério, que cause dor, dano ou sofrimento desnecessário à mulher, praticada sem o seu consentimento explícito ou em desrespeito à sua autonomia. Esse conceito engloba todos os prestadores de serviço de saúde, não apenas os médicos. Define-se, ainda, como violência obstétrica qualquer ato ou intervenção direcionada à mulher grávida, parturiente ou puérpera (que recentemente deu à luz), ou ao seu bebê, praticado sem o seu consentimento explícito ou informado e em desrespeito à sua autonomia, integridade física e mental, aos seus sentimentos e preferências (PAES, *online*)

Cabe ressaltar-se que a violência física sofrida pela gestante não se limita a violência genérica ou tratamento agressivo, bruto. A violência obstétrica também é a utilização de procedimentos não autorizados, a cesárea desnecessária que o médico optou por fazer ou a falta de tratamento analgésico adequado, por exemplo.

Além da violência física sucintamente explicada acima, existe também a violência psicológica, a qual é oriunda de comentários maldosos, ofensivos e ridicularizações com a opção de parto ou posição de dar à luz. Alice Arnoldi (2021, *online*) explica um pouco sobre a ocorrência do abuso psicológico:

Existe uma construção hierárquica na relação médico-paciente que faz com que a mulher se sinta na obrigação de acatar o que os especialistas dizem, se sentindo envergonhada e até mesmo culpada ao ser acusada diante de alguma situação. Inclusive, ela

pode vir a acreditar que os gritos, xingamentos e até mesmo deboches são merecidos e é preciso se sentir grata porque, mesmo depois de tudo, o médico ainda salvou seu bebê. (ARNOLDI, 2021, *online*)

A violência psicológica caracteriza-se também por ações que causem sentimento de inferioridade, abandono, medo e instabilidade. A violência obstétrica é praticada não somente por médicos, mas também por enfermeiros, anestesiologistas (casos onde o profissional ignora a dor da paciente), técnicos de enfermagem e até mesmo recepcionista e a parte administrativa do hospital.

### **1.1 Atos obstétricos invasivos**

A violência obstétrica é um assunto muito amplo, caracterizado de inúmeras formas, no entanto, há procedimentos ilícitos que são realizados com frequência, são eles: episiotomia, manobra de Kristeller, aplicação de ocitocina, restrições nas posições para o parto e proibição de acompanhante.

Episiotomia, trata-se de um dos procedimentos invasivos e agressivos mais utilizados, consiste em um corte na região perineal, parte inferior da vagina, para que facilite a passagem do bebê. O grande problema desse procedimento consiste na recuperação do tecido lesado, o surgimento de infecções, dores e incômodos na cicatrização e até mesmo nas futuras relações sexuais da paciente. Além do procedimento ser feito sem a autorização da gestante, existem também casos em que o médico que realiza a sutura, opta por dar pontos no corte com o objetivo de fechar a vagina da gestante, deixando-a mais estreita para que o homem, no ato sexual possa sentir mais prazer, tudo isso sem o consentimento da mulher.

No que tange a manobra de Kristeller, trata-se do ato em que o profissional usa a própria força sobre a barriga da gestante para expulsar o feto, é evidente que tal procedimento é extremamente agressivo com a gestante e a criança, mesmo que a prática do ato já tenha sido proibida, ainda há muitos profissionais que utilizam do meio.

Os estudos feitos a respeito da manobra de Kristeller informam que, apesar de ser uma prática muito realizada e passada de geração em geração sem qualquer fundamento teórico ou técnico, seu uso não tem contribuído de forma positiva no procedimento do parto, ela não encurta a duração do trabalho de parto e ainda está relacionada ao aumento do uso de episiotomias e lesões graves na parturiente e na criança (SENADO, 2012). "A manobra de Kristeller é reconhecidamente danosa à saúde e, ao mesmo tempo, ineficaz, causando à parturiente o desconforto da dor provocada

e também o trauma que se seguirá indefinidamente”(REIS, 2005 *apud* SENADO, 2012, p. 105)

Outro meio ainda muito utilizado é a aplicação de ocitocina, hormônio usado para acelerar as contrações e aumentar a dilatação, o grande problema desse método deve-se a utilização sem necessidade, em muito dos casos a aplicação é feita de forma precoce, fazendo com que a gestante sinta dores muito maiores, sem necessidade.

As restrições da posição para o parto é uma das violações obstétricas mais comuns, a gestante é em grande parte ridicularizada, vira chacota por expressar seu desejo, mesmo sendo garantido a mulher condições de escolha das diversas posições durante o parto, desde que não existam impedimentos clínicos.

Por fim, a parturiente pode escolher sem qualquer tipo de exceção ou encargos, quem vai acompanhá-la durante o pré-parto, parto e pós-parto de acordo com a Portaria nº 2.418/05 do Ministério da Saúde. Afora de caracterizar como violência obstétrica, a proibição de acompanhante durante o parto é contrária ao direito assegurado pela Lei 11.108/2005, da RDC nº 38/2008 da ANVISA. A presença do(a) acompanhante (inclusive se este for adolescente) não pode ser impedida pelo hospital ou por qualquer membro da equipe de saúde, nem deve ser exigido que o(a) acompanhante tenha participado de alguma formação ou grupo. (BRASIL, 2005)

## **1.2 Reconhecimento da violência obstétrica**

Apesar do índice altíssimo de utilização de procedimentos invasivos para com a gestante, existe uma discussão muito grande sobre a utilização do termo “violência obstétrica” uma vez que, a ética dos profissionais da saúde é posta em imprecisão. Alguns profissionais, com respaldo e chancela de alguns conselhos e sociedades médicas, afirmam que a utilização do termo seria uma violência contra os médicos obstetras. Coadunando com essa perspectiva, recentemente houve tratativa do Ministério da Saúde para que a expressão “violência obstétrica” fosse abolida de documentos públicos.

A polêmica é descabida, posto que o adjetivo “obstétrica” não é exclusivo do médico. A violência pode decorrer de falhas sistêmicas nos diferentes níveis de atenção dos sistemas de saúde de modo que não cabe entender a expressão como sinônimo de “violência cometida pelo obstetra”. Reconhecer, portanto, a violência obstétrica como uma realidade, não significa culpabilizar nenhuma categoria profissional específica.

## **1.3 A violência obstétrica atrelada à violência de gênero**

A violência obstétrica está atrelada à violência de gênero e outras violações de direitos cometidas nas instituições de saúde contra suas usuárias. Nesse sentido, ela faz parte da violência institucional, exercida pelos serviços de saúde, e se caracteriza por



negligência e maus-tratos dos profissionais com os usuários, incluindo a violação dos direitos reprodutivos, a peregrinação por diversos serviços até receber atendimento e aceleração do parto para liberar-leitos, entre outros (Gomes, 2014). Por isso, a frase “na hora de fazer gostou, então agora aguenta” falada pelos médicos e pela equipe se converte em parte do discurso institucional, relacionando a dor com o preço que devem pagar pelo prazer do ato sexual e levando a uma banalização dos atos desrespeitosos e à invisibilidade da violência (Aguiar, 2010).

A violência obstétrica também se relaciona com a escolha das mulheres pela cesárea. A mulher perde autonomia nas decisões sobre seu parto e submete-se a orientações que não compreende totalmente, o que faz que profissionais esqueçam que é a mulher quem está com dor e que vai parir (Ministério da Saúde, 2001). O parto, então, tornou-se amedrontador para as mulheres e asséptico para os profissionais de saúde. Dessa forma, a mulher pode se tornar um objeto de manipulações sem consentimento ou sem a informação suficiente sobre os processos a serem realizados (Aguiar, 2010).

Sendo assim, faz-se necessário o fortalecimento da compreensão de saúde como produção de subjetividade com o objetivo de resistir a todas as formas de violência e investir esforços no sentido do respeito à vida humana.

Como alternativa para essa mudança é necessária a elaboração de políticas públicas que assegurem a diminuição das desigualdades sociais, a valorização dos trabalhadores da saúde, a utilização das boas práticas no parto e no nascimento, baseadas em evidências científicas, e a distribuição de serviços e equipamentos de saúde que estejam articulados em rede e compreendam os sujeitos de forma integral (Gomes, 2014).

Nesse sentido, esforços institucionais têm sido empreendidos pelo Ministério da Saúde no sentido de melhorar a assistência obstétrica e neonatal em todo o país, assim como na melhoria das condições de vida das mulheres, através da incorporação da perspectiva de gênero nas análises epidemiológicas e no planejamento das ações em saúde (Ministério da Saúde, 2014). Desde os anos 2000 foi proposta e instituída uma série de programas e políticas em saúde, entre os quais: o Programa de Humanização do Parto e Nascimento, a Política Nacional de Humanização – Humaniza SUS, a Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher, entre outros (Ministério da Saúde, 2014).

Em 2011, foi instituída a Rede Cegonha (Portaria n. 1.459/2011), buscando assegurar o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, com objetivo de fomentar a implementação de novo modelo de atenção à saúde da mulher e da criança, desde o parto até os 24 meses de vida, assim como reduzir a mortalidade materna e infantil.

## 2. LEGISLAÇÃO SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Diante de tantas correntes ideológicas divergentes, não há de se estranhar que ainda não exista uma legislação específica para a violência obstétrica, entretanto, essa lacuna jurídica, deve ser suprida com legislação geral ou embasada em Doutrinas, Jurisprudências, Tratados, Costumes entre outros. A Constituição Federal de 1988 tem como base o princípio da dignidade humana, que estabelece: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

O princípio da dignidade da pessoa humana é importantíssimo no ordenamento jurídico brasileiro, ele é visto como um valor moral e é inerente a todo ser humano, incluindo as gestantes, puérperas e mulheres em situação de abortamento, sendo assim, as práticas da violência obstétrica violam um fundamento da CF há princípios que devem ser seguidos.

Um outro amparo legal de extrema importância aplicado nos casos de violência obstétrica no Brasil é o Código de Ética Médica (CEM), de 2010, cujo texto traz algumas situações relevantes para o caso em debate. Acerca da responsabilidade do médico, é vedado ao mesmo causar dano ao paciente (art. 1º), até mesmo por obviedade. O art. 14, por sua vez, muito remete ao procedimento de episiotomia tratado anteriormente, que é utilizado, sem necessidade, para acelerar o parto, uma vez que o dispositivo veda ao médico a prática de atos médicos desnecessários. Os arts. 22, 23 e 24 tratam ainda de vedações ao médico, remetendo ainda a procedimentos realizados sem consentimento da paciente, a procedimentos que desrespeitem a dignidade da gestante e, por fim, à violação do direito de escolha da paciente, como se observa nos dispositivos in verbis:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. (BRASIL, 2010)

E, por fim, o art. 31, do CEM, também trata da liberdade de escolha do paciente e de seu representante legal, vedando ao médico desrespeitar o direito dos mesmos de “decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”, enquanto o art. 34 dispõe sobre a necessidade de o

paciente ser informado sobre os riscos e objetivos do tratamento, remetendo novamente ao exemplo da episiotomia, que deve ser informada à gestante para que a mesma dê o consentimento de realização do procedimento, e também, por exemplo, a aplicação do hormônio ocitocina para acelerar o parto, já que este procedimento aumenta de forma abrupta as dores da contração.

O Código Civil também assegura o bem estar da gestante, uma vez que, existem alguns dispositivos que tratam da violência contra gestantes, como, por exemplo, o dano moral e a responsabilização civil dos profissionais da saúde. Abaixo condenação por conta da utilização do procedimento proibido, a conhecida manobra de Kristeller:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MODIFICAÇÃO DA MODALIDADE DE PARTO, DE CESÁREA PARA PARTO NORMAL FORÇADO (À FÓRCEPS E MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DA “MANOBRA KRISTELLER”). NASCIMENTO DE CRIANÇA COM SEQUELAS. DISTÓCIA DE OMBRO. LESÃO DO PLEXO BRAQUIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO ESTÉTICO. INCLUSÃO NO CONCEITO GERAL DE DANO MORAL. QUANTUM. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ADSTRIÇÃO. À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO (CC, ART. 944). SENTENÇA MANTIDA. (TJ-DF – APC: 20040111065442 DF 0019786-22.2004.8.07.0001, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 29/01/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 03/02/2014. Pág. 79)

Mesmo que a indenização isolada não seja a punição ideal, é uma forma de auxiliar na reparação do dano causado a paciente gestante, o valor pecuniário jamais será o suficiente para reparar danos irreversíveis, como por exemplo, a morte do nascituro, mas é importante buscar algum tipo de punição ao agressor, mesmo que apenas pecuniária.

Por fim, os projetos de lei 7.633/2014, 8.219/17 e 7.867/17, em trâmite no Congresso Nacional, também dispõem sobre as diretrizes e os princípios inerentes aos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto e puerpério e a erradicação da violência obstétrica.

## 2.1 Sob a ótica penal

Diante das informações conditas nesse tópico, reforça-se mais uma vez a falta de tipificação para o crime de violência obstétrica. No entanto, é de conhecimento comum que, na falta de legislação específica, utiliza-se muito da analogia.

Ao realizar pesquisas jurisprudenciais e de julgados dos Tribunais de Justiça do país acerca do tema, ficou identificado que a maioria das mulheres vítimas da Violência Obstétrica busca através do judiciário a reparação cível fazendo referência apenas ao que diz respeito à violência psíquica e danos morais. Nessas ações, o deferimento dos pedidos formulados pelas autoras culmina em erro médico, não caracterizando ou dando importância às violências sofridas por essas mulheres. Daí a grande necessidade da tipificação penal para que hospitais e agentes de saúde sejam penalizados de forma justa, e, conseqüentemente que todas as mães e crianças recebam melhores cuidados nos momentos mais importantes de suas vidas. (RODRIGUES, TEIXEIRA, 2020)

A vítima de violência obstétrica precisa sim ser amparada na área cível, precisa de ajuda psiquiátrica e psicológica, mas há necessidade de o agressor nessas situações ser punido, uma vez que, a ausência de punição pode acarretar em mais casos de imprudência e negligência por conta dos profissionais da saúde.

Partindo dessa premissa, vale destacar alguns casos onde o agente de saúde deverá ser punido de acordo com as tipificações penais existentes, em crimes de violência obstétrica. Por exemplo, no procedimento de Episiotomia o qual deve ser realizado após a gestante ter conhecimento acerca dos benefícios e malefícios e autorizar tal procedimento, ocorre muito da realização dessa prática sem autorização. Portanto, tal profissional poderá e deverá ser penalizado em razão das lesões sofridas pela gestante, conforme prevê o artigo 129 do código penal sobre a lesão corporal, e não longe disso, há casos onde ocorre a morte da gestante ou nascituro, nessa situação responderá pelo crime de homicídio culposo, aplicando ainda o aumento de pena conforme o artigo 121, § 3º do Código penal. Conforme jurisprudência a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PARTO NORMAL COM EPISIOTOMIA. ART. 121, § 3º, DO CP. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. (INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO). PENA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO. Demonstrado que o réu agiu com negligência, imprudência e imperícia, e que dita conduta levou a paciente a óbito, pois, após o parto com Episiotomia,

deixou de realizar procedimento de revisão do reto, o que propiciou a comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando com infecção generalizada, que evoluiu com a morte da vítima, mostra-se correta a sua condenação pela prática do delito de homicídio culposo. Aplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do CP, por inobservância de regra técnica de profissão. Pena definitiva de dois anos de detenção, substituída por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que se mostra adequada ao caso, não ensejando redimensionamento. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70053392767, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 14/11/2013) (TJ-RS – ACR: 70053392767 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 14/11/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2013)

A manobra de Kristeller, banida pela OMS em 2017, também é ainda muito utilizada por profissionais negligentes e defasados os quais devem ser responsabilizados e penalizados conforme também os dispostos no artigo 129, em razão das lesões.

Uma curiosidade sobre as punições se refere ao aborto, tipificado como crime pelo artigo 124, no entanto, essa tipificação se refere a conduta da gestante e não do profissional de saúde, portanto, nos crimes de violência obstétrica o agente de saúde será penalizado pelo artigo 129 § 2, visto que a lesão gravíssima resultou no aborto, conforme inciso V.

Destarte, é de extrema necessidade que haja punição aos profissionais negligentes, pois a ausência da mesma aumenta ainda mais as infrações, a responsabilização cível é importante, mas não o suficiente. Portanto, enquanto não houver uma legislação específica é necessário buscar auxílio criminal nas previsões que existem atualmente, evitando a impunibilidade, não eximindo o Poder Legislativo do Brasil da sua responsabilidade na ausência e morosidade em relação a uma legislação punitiva e específica.

## **2.2 Da ótica social**

Por muito tempo pouco se falava em violência obstétrica, uma vez que como já dito anteriormente, colocaria em cheque a ética médica, no entanto, é somente com a

informação que tabus são quebrados, por isso, a necessidade dos movimentos sociais, do incentivo a informação e a segurança de direitos.

Segundo dados da Fundação Perseu Abramo (2013), uma a cada 4 mulheres sofrem algum tipo de violência obstétrica, lembrando que a caracterização de tal ato não se refere apenas a lesões física, mas também a maus tratos psicológicos.

Para prevenir a violência obstétrica, de antemão, é que a gestante tenha informações sobre as possibilidades e ocorrências durante o parto e leve consigo para a maternidade uma carta de intenções, tal carta discriminará suas vontades em relação a procedimentos mais invasivos, bem como o consentimento ou não dela para com o parto. Outro fator importante, é que a paciente após o parto solicite o prontuário médico dela e do recém-nascido, é uma forma de acompanhamento dos procedimentos que foram realizados, tendo ciência de que suas vontades foram ou não respeitadas.

No que tange aos meios de denúncia, existe uma Sala de Atendimento ao Cidadão virtual, disponível no site do Ministério Público Federal ([Sala de Atendimento ao Cidadão \(mpf.mp.br\)](http://mpf.mp.br)) o qual recebe denúncias, informa sobre os direitos, recebe pedidos dentre outros serviços. Outro meio de se conseguir ajuda é através da Associação Artemis, uma organização não governamental que visa a promoção da autonomia feminina e erradicação da violência contra a mulher, essa organização recebe relato de mulheres que sofreram qualquer tipo de violência, dentre as violências, a obstétrica. Após o relato, a organização busca mapear e elucidar uma forma de solução mais sucinta. Por fim, a denúncia também pode ser realizada na Secretária de Saúde mais próxima, ou discando 180, 136 ou para 08007019656 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

É de extrema necessidade que a população tenha acesso a informação, tenha conhecimento e seja capaz de identificar tal violência, o Estado não só é responsável pela falta de legislação, mas também pela falta de informação, falta de campanha e assistência social pós-parto. É impossível relatar qualquer que seja o abuso ou violência sofrida quando se desconhece o direito, acesso a informação também é um direito básico, portanto, é necessário que haja uma conscientização maior desde o momento da realização do pré-natal.

### **3. CONCLUSÃO**

Atualmente no Brasil os órgãos públicos estão mais preocupados em atender a um pedido das classes dos profissionais de saúde do que de fato combater a violência praticada contra as mulheres no período gravídico-puerperal. Não é proibindo a utilização do termo que vai acabar com a violência obstétrica, o tema precisa ser amplamente evidenciado nas discussões sociais, assim como, nas políticas públicas, pois



é através do conhecimento que as práticas abusivas vão poder ser reprimidas, punidas e quem sabe até abolidas.

O ordenamento jurídico brasileiro não é completamente omissivo às práticas violentas durante o parto, tendo em vista que, já existem leis estaduais, municipais e projeto de leis no âmbito federal visando combater a violência obstétrica.

É fato que já passou da hora do Estado como figura protetora dos cidadãos elaborar uma legislação federal efetiva, que vise conscientizar as mulheres no período gravídico-puerperal sobre quais são seus direitos e como são dadas as práticas que caracterizam a violência obstétrica, além de punir de forma rígida os profissionais da saúde que cometerem os abusos.

A lacuna na legislação pátria tem criado um sentimento de impunidade nas mulheres, em contrapartida os profissionais da saúde têm um sentimento de proteção, essa situação se explica, pois, são poucos os casos de violência obstétrica que são denunciados e quando isso ocorre não existe uma lei específica para punir os agressores, permitindo dessa forma que os agressores sejam beneficiados apesar de causarem tantos danos.

Para combater a violência obstétrica é necessário ir além das leis, é preciso que haja uma conscientização das mulheres acerca dos seus direitos, a reeducação dos profissionais de saúde e a elaboração de políticas públicas objetivando a humanização do pré-natal, do parto e do pós-parto. Somente através de mudanças sólidas nessas bases a violência obstétrica deixará de ser um problema para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaína Marques de. **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. Tese de Doutorado, Programa de Pósgraduação em Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, SP. 2010.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do SUS. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm) > Acesso em 26 de julho de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 36 de 3 de junho de 2008.** Disponível em: [http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/040608\\_1\\_rdc36.pdf](http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/040608_1_rdc36.pdf). Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Organização Mundial da Saúde – OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Brasília: 2014. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf), acesso em 12 de maio de 2021.

BRASIL. **Código Penal.** – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 138 p. Conteúdo: Código penal – Decreto-lei no 2.848/1940. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo\\_penal\\_1ed.pdf](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf), acesso em 30 de maio de 2021.

Cartilha "**Direitos das mulheres no parto: Conversando com profissionais da saúde e do direito**", elaborada por Bianca Zorzam e Priscila Cavalcanti, com organização do Coletivo Feminista de Sexualidade e Saúde, 1ª edição, 2017.

CARVALHO, Yasmim. **Violência obstétrica e a Responsabilidade criminal – Qual a tipificação deve ser aplicada nesses casos?**. PortalJurisprudência. Disponível em: <<http://portaljurisprudencia.com.br>> Acesso em 11 de junho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei Complementar PLC nº 7.633/2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1257785](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1257785)> Acesso em: 01 de novembro de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 21º ed. (aument. E atual. De acordo com o Novo Código Civil – lei nº 10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007, 7v. p. 35.

**Violência no parto: Na hora de fazer não gritou - Fundação Perseu Abramo.** Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

GOMES, A. M. **Da Violência institucional à rede materna e infantil: Desafios e possibilidades para efetivação dos direitos humanos e redução da mortalidade.** In Cadernos Humaniza SUS: Volume 4 - Humanização do parto e nascimento (pp. 133-154). Brasília, DF: UECE/Ministério da Saúde. 2014.

JUSBRASIL. **Página 2 do Diário Oficial do Estado do Tocantins (DOETO) de 27 de Julho de 2018.** Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/201029285/doeto-27-07-2018-pg-2>> Acesso em: 12 maio 2021.

Ministério da Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização.

**HumanizaSUS:** Documento base para gestores e trabalhadores do SUS. Brasília, DF: Autor. Disponível em: <em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus\\_gestores\\_trabalhadores\\_sus\\_4ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus_gestores_trabalhadores_sus_4ed.pdf) > Acesso em 26

de julho 2021.

OLIVEIRA, Débora. **Violência Obstétrica.** JUSNAVIGANDI. Mar 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72671/violencia-obstetrica>>. Acesso em: 15 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Genébra: OMS; 2014.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. ESTADÃO. POLÍTICA. **A violência obstétrica na legislação brasileira.** 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-violencia-obstetrica-na-legislacao-brasileira/>>. Acesso em 12 maio de 2021.

PARTO DO PRINCÍPIO. **Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”.** 2012. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2021.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Violência Obstétrica: “Parirás com dor”. Disponível em: > <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf> <. Acesso em 29/08/2021.

RODRIGUES, I R. TEIXEIRA G. R. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: Uma análise sob a ótica da responsabilidade penal e garantia de direitos fundamentais.** JUSBRASIL. 2020.

Disponível em: <VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: Uma análise sob a ótica da responsabilidade

penal e garantia de direitos fundamentais - Jus.com.br | Jus Navigandi> Acesso em 11 de novembro de 2021.

SILVA, Ricardo Augusto Dias. **Direito Fundamental à Saúde: O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SENADO FEDERAL. **Projetos buscam tornar lei a humanização do atendimento.** Agência Senado. Maio de 2016, atualizado em março de 2019. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/congresso-combate-violencia-obstetrica/projetos-buscam-tornar-lei-a-humanizacao-do-atendimento>>. Acesso em 14 maio 2021.

## ACIDENTE DE TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

**JOÃO FRANCISCO DA SILVA:**  
Advogado e Mestrando em Direito  
do Trabalho na PUCSP.

**VALÉRIA GAURINK DIAS FUNDÃO<sup>78</sup>**

(coautora)

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo promover uma discussão sobre o acidente de trabalho e seus reflexos na Previdência Social no Brasil. As normas jurídicas que alicerçam a incolumidade mental e física dos empregados visam o trabalho como uma atividade segura, pois o empregador é responsável pelas medidas individuais e/ou coletivas para proteger a saúde e segurança do obreiro. O direito previdenciário é garantidor da dignidade da pessoa humana e, por sua relevância, foi elevado ao *status* de direito humano fundamental, previsto nos artigos 6º e 201 da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Previdência Social, Acidente de Trabalho, Meio Ambiente do Trabalho, Direito Fundamental.

**ABSTRACT:** This article aims to promote a discussion about the work accident and its effects on Social Security in Brazil. The legal norms that guarantee the mental and physical safety of employees aim at work as a safe activity, as the employer is responsible for individual and/or collective measures to protect the health and safety of the worker. The social security right is a guarantor of the dignity of the human person and, due to its relevance, it was elevated to the status of a fundamental human right, provided for in articles 6 and 201 of the Federal Constitution.

**Keywords:** Social Security, Work Accident, Work Environment, Fundamental Law.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. DEFINIÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO. 2. BENEFICIÁRIOS. 3. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ACIDENTE DE TRABALHO. 4. RECONHECIMENTO DO ACIDENTE DE TRABALHO. 5. ENCARGOS DO EMPREGADOR PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO. 6. PRESCRIÇÃO DOS BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS. 7 ACIDENTES DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SEARA PREVIDENCIÁRIA. a. Benefícios previdenciários acidentários. b. Responsabilidade Acidentária. c. Consequências do infortúnio (acidente de trabalho). 8. AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA. 9. DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

<sup>78</sup> Mestranda em Direito pela PUCSP

LABORAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Ano após ano, infelizmente, ocorrem milhares de acidentes que causam incapacidade, invalidez ou morte dos trabalhadores urbanos e rurais. A título de exemplo podemos verificar o que consta do Anuário Brasileiro de Proteção dos últimos anos<sup>79</sup>, onde são registrados acidentes típicos de trabalho, acidentes de trajeto e doenças do trabalho. Sem sombra de dúvidas, muitos acidentes ocorreram por descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho.

Para fins da Lei n. 8.080/1.99080, a saúde do trabalhador é um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes da saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.<sup>81</sup>

O acidente de trabalho tem fundamento na Carta Magna de 1.988 no art. 201, I, § 10 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103/2.019 e nos arts. 19 a 23 da Lei n. 8.213/1.991. Ainda nos arts. 336 a 346 do Decreto n. 3.048/99 (RPS).

As normas jurídicas que alicerçam a incolumidade mental e física dos empregados visam o trabalho como uma atividade segura, pois o empregador é responsável pelas medidas individuais e/ou coletivas para proteger a saúde e segurança do obreiro.

A constituição brasileira reconhece tal proteção no local de trabalho (art. 7º, XXII e XXIII da CF/1988). E, sendo constatada negligência patronal ou até mesmo transgressão a obrigação segurança e higiene dos trabalhadores, restará configurada contravenção penal, cuja pena pode ser multa, cabendo ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social desempenharem a fiscalização (art. 19, §§ 1º, 2º e 4º Lei n. 8.213/1991).

A estatização do seguro de acidentes do trabalho até os dias atuais é público e prevê a cobertura nos casos de doença, invalidez e morte, sendo a responsabilidade do

<sup>79</sup> <https://protecao.com.br/category/anuario-de-protecao/>, acesso em 20/07/2022

<sup>80</sup> Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

<sup>81</sup> Marisa Ferreira dos santos, Direito Previdenciário Esquematizado; Coord. Pedro Lenza, Saraiva, 6ª edição, 2016, São Paulo. P. 115



Estado objetiva<sup>82</sup>. Em 1.919 foi aprovada norma de proteção contra os acidentes de trabalho, trata-se do Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1.919.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pagava os benefícios previdenciários oriundos dos acidentes de trabalho, por outro lado as empresas saldam a contribuição do seguro de acidente do trabalho (SAT). As seguradoras privadas, à época não tinham qualquer participação nessa proteção.

A Emenda Constitucional nº 20/1.998, alterou isso, já que o § 10, do art. 201, da CF/1.988, concedeu autorização, agora constitucional, para a cobertura do risco de acidente do trabalho ser concretizada de forma concomitante entre o Setor público (INSS) e o setor privado.

Já a EC nº 103/2.019, que tratou da Reforma da Previdência Social, deu nova redação ao art. 201, § 10, da CF/1.988, que agora prevê que uma lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Federal poderá disciplinar a cobertura concomitante entre o INSS e a iniciativa privada para todos os benefícios não delineados, abrangendo além dos benefícios por incapacidade de trabalho, a pensão por morte.

Agora, é possível a cobertura partilhada entre os setores público e privado de todos os benefícios não programados, inclusive os benefícios acidentários.

No âmbito do Regime Geral o tema acidente de trabalho está nos arts. 19 a 23 do Lei n. 8.213/1991. Segundo referida norma a empresa é responsável pela adoção e uso de medidas individuais e coletivas de proteção e segurança da saúde do trabalhador.<sup>83</sup>

Na hipótese de haver negligência e/ou infração no que pertine ao dever de segurança e higiene do trabalho poderá constituir contravenção penal, cuja pena será de multa, sob a responsabilidade do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, que deve exercer a fiscalização (art. 19, §§ 1º, 2º e 4º da Lei n. 8.213/1991).

## **1. DEFINIÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO**

Os benefícios concedidos pela Previdência Social podem ter origem em alguma enfermidade incapacitante ou podem ser benefícios acidentários, com origem em acidente de trabalho típico ou mesmo em doença equiparada a acidente de trabalho.

---

<sup>82</sup> Frederico Amado, Direito Previdenciário, JusPudivm, 9ª Edição, 2018, salvador. P. 304

<sup>83</sup> Frederico Amado, Direito Previdenciário, JusPudivm, 9ª Edição, 2018, salvador. P. 305

Constatada por perícia médica que a causa para a concessão do benefício tenha ligação com trabalho exercido pelo segurado, o benefício a ser deferido/concedido será por acidente de trabalho.

Se, por outro lado, a causa do benefício for uma doença incapacitante sem vínculo com o trabalho realizado a concessão do benefício será previdenciário e não acidentário.

Desta forma a diferença entre um benefício e outro é a causa geradora, que irá definir a sua natureza (previdenciário ou acidentário).

Em resumo o benefício previdenciário decorre necessariamente de motivos acidentários, absolutamente vinculado a atividade laboral do trabalhador segurado, em assim sendo, é obrigatório o nexo de causalidade entre a incapacidade e o trabalho.

Diz o caput do art. 18 do Lei n. 8.213/1.991:

*“O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços.”*

Apesar das espécies de benefícios serem os mesmos, juridicamente há outras implicações jurídicas que diferenciam os benefícios previdenciário dos benefícios acidentários.

Não podemos nos esquecer da Lei Complementar n. 150/2.015 que inovou, garantindo o benefício acidentário também ao empregado doméstico. Dá mesma forma criou a contribuição SAT que deve ser recolhida pelo empregador doméstico.

As empresas, por imposição da Lei são obrigadas a prevenir que os acidentes de trabalho venham a ocorrer, sendo inclusive imperativa a criação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), em conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, e nos moldes estabelecidos pela CLT em seu art. 163.

A função da CIPA é educar e orientar a todos os empregados; exigir dos empregadores o respeito às normas de segurança e medicina do trabalho; promover campanhas educativas; apurar as causas e prevenir que os acidentes não se repitam; fiscalizar a entrega correta e gratuita dos EPIs, assim como velar para que os empregados façam uso correto do equipamento individual, a teor do que determina a CLT em seu art. 158, parágrafo único, letra “b”.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Curso de Direito do Trabalho, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 2020, p. 768.

Sandro Nahmias Melo afirma que os membros da CIPA possuem garantia constitucional de estabilidade (art. 10, II alínea "a" do ADCT), entretanto tais membros possuem pouco ou nenhum poder, limitam-se a opinar, apresentar sugestões e solicitações à direção do estabelecimento. E é grande o medo de represálias contra os chamados "cipeiros", o que inibe e muito sua atuação, já que a citada garantia é provisória.<sup>85</sup>

Homero Batista afirma que os EPIs inserem-se no contexto das medidas de prevenção de segurança e medicina do Trabalho, já que são referidos na CLT e em tratados internacionais.<sup>86</sup>

Podemos extrair do art. 19 do Lei n. 8.213/1.991, o conceito de acidente do trabalho:

*"Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho".*

A lei descreve esse conceito tecnicamente. O fato pode ser decorrente do trabalho, podendo ser um acidente típico, uma doença ocupacional ou uma situação equiparada ao acidente de trabalho, assim considerada pela legislação.

Legalmente é considerado acidente de trabalho o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou do empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.<sup>87</sup>

Pelo conceito acima, podemos constatar os seguintes requisitos que caracterizam o acidente típico de trabalho:

- Acontecimento ocorrido durante a execução do trabalho e no desempenho do serviço da empresa, nas atividades de doméstico, campesina ou pesqueira artesanal individualmente, realizada por segurado especial;

---

<sup>85</sup> Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, Editora LTr, São Paulo, 2001. p. 100.

<sup>86</sup> Direito do Trabalho Aplicado – Saúde do trabalho e profissões regulamentadas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.p. 85.

<sup>87</sup> Frederico Amado, Direito Previdenciário, JusPudivm, 9ª Edição, 2018, salvador. P. 305

- Decorrente de lesão corporal, funcional ou psíquica;
- Evento morte do empregado, ou ainda redução ou perda capacidade de trabalho temporária ou definitiva.

Os acidentes típicos são os que decorrem de um evento traumático, que para ser caracterizado, necessita ser demonstrado o nexos de causalidade entre o acidente e o trabalho desenvolvido pelo empregado.

A legislação pátria considera ainda como sendo acidente de trabalho, por equiparação, as doenças ocupacionais, são elas:

- enfermidades profissionais ou tecnopatias ou ergopatias (art. 20, I, do Lei n. 8.213/1991);
- enfermidades do trabalho ou mesopatias (art. 20, II, do Lei n. 8.213/1991).

O rol de enfermidades ocupacionais que consta no Anexo II do Decreto n. 3.048/99 é meramente exemplificativo, já que o § 2º, do art. 20, do Lei n. 8.213/1.991, diz que é possível incluir doenças não mencionadas em referido rol.

As enfermidades profissionais são aquelas doenças características, típicas ao exercício de algumas profissões. A ligação entre a profissão e a doença dispensam a prova do nexos de causalidade. A título de exemplo, inclusive bem clássico, pode ser citada a **silicose**<sup>88</sup>, que é uma doença típica de pessoas que trabalham com mineração, por respirarem a sílica, e é uma doença pulmonar causada pela inalação contínua e constante da sílica cristalina. Ao longo do tempo, a sílica se deposita nos pulmões e enrijece as estruturas ali presentes, que precisam ser flexíveis facilitando a entrada e saída de ar.

De outra banda, as enfermidades do trabalho são aquelas doenças que não são típicas a certos trabalhos, contudo são doenças que se manifestam em razão do ofício desempenhado ou da forma como o labor é exercido. Não se podendo presumir o nexos de causal, logo, é exigida comprovação de que a doença é oriunda do trabalho desenvolvido. Exemplo bem comum trata-se da perda auditiva.

A lei também de forma expressa afasta determinadas doenças deixando claro que elas não são doenças ocupacionais, segundo o art. 20, § 1º, do Lei n. 8.213/1.991, vejamos:

*§1º Não são consideradas como doença do trabalho:*

---

<sup>88</sup> Fonte: <https://www.rededorsaoluiz.com.br/doencas/silicose>, acesso em 20/07/2022

*a) a doença degenerativa;*

*b) a inerente a grupo etário;*

*c) que não produza incapacidade laborativa;*

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

No caso das enfermidades degenerativas, onde, mediante perícia médica do INSS, se ficar comprovado que a doença apresenta nexos de causalidade com o trabalho ou com a função desempenhada pelo empregado, ela será considerada doença do trabalho. A L.E.R. (Lesão por Esforço Repetitivo) é o exemplo bem comum.

O lapso de tempo para a definição do acidente de trabalho nas enfermidades ocupacionais consta no art. 23 da Lei n. 8.213/1.991. Referida norma apresenta três hipóteses, servindo de marco do acidente de trabalho o que acontecer primeiro, vejamos:

- O dia do início da incapacidade laborativa;
- O dia da segregação compulsória;
- O dia em que for realizado o diagnóstico.

O legislador fixou que alguns acontecimentos se equiparam a acidente de trabalho. Para estes casos considerados equiparados, o exercício da atividade do trabalhador possui causalidade indireta (concausa), competindo com outras situações alheias ao labor do empregado. Em rol meramente exemplificativo, o art. 21 da Lei n. 8.213/1.991 trata das circunstâncias em que existem concausas na geração da incapacidade.

Vale destacar que nos períodos destinados a alimentação, descanso ou para necessidades fisiológicas, estando no lugar de trabalho, o obreiro estará no exercício de labor, para fins de acidente de trabalho. Também será considerado como acidente de trabalho os fatos sofridos pelo empregado por caso fortuito ou força maior na localidade e horário de trabalho.

## **2. BENEFICIÁRIOS**

Apenas os segurados, com previsão de contribuição previdenciária adicional; seja do segurado ou da empresa para custear as prestações acidentárias, é que tem direito aos benefícios decorrentes de acidente de trabalho.

Logo, os segurados que podem ser beneficiários de acidente de trabalho são o empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, o segurado especial e seus dependentes. Evidentemente estão excluídos dessa possibilidade o contribuinte individual e o médico-residente.<sup>89</sup>

Em decorrência de causa acidentária são pagos pelo INSS os seguintes benefícios:

- Pensão por morte por acidente do trabalho;
- Auxílio-acidente por acidente de trabalho;
- Auxílio-doença por acidente de trabalho; e
- Aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho.

É perfeitamente admissível a reabilitação do empregado, um serviço do INSS que tem o objetivo de oferecer aos segurados parcialmente incapacitados para o trabalho, por motivo de doença ou acidente, os meios de readaptação profissional para o seu retorno ao mercado de trabalho.

Durante todo o processo de reabilitação, o benefício acidentário que antecedeu a reabilitação não pode ser cessado, o que ocorrerá ao final do processo de reabilitação, com o retorno do segurado à atividade laboral.

José Affonso Dallegrave Neto afirma que a Reabilitação Profissional é um serviço de reeducação e reabilitação profissional, visando auxiliar o segurado acidentado a ser reinserido no mercado de trabalho, nos exatos termos preconizados pelo artigo 89 da Lei n. 8.213/91.<sup>90</sup>

Os demais benefícios incapacitantes são incompatíveis com a causa acidentária, sendo assim, aposentadorias programadas, salário-maternidade, salário-família e auxílio-reclusão são incompatíveis com evento acidente do trabalho, logo, não são pagos pelo INSS.

### **3. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ACIDENTE DE TRABALHO**

<sup>89</sup> [https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/41\\_site.pdf](https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/41_site.pdf), aceso em 21/07/2022

<sup>90</sup> Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, Editora Ltr, São Paulo, 2005, p. 168.



São cinco as principais implicações jurídicas do acidente de trabalho:

1. estabilidade provisória no emprego no mínimo de 12 meses, cujo prazo inicial é a alta médica ao fim do auxílio doença acidentário (art. 118 do Lei n. 8.213/1.991);

2. possibilidade de elevação do fator acidentário de prevenção – FAP que pode ser de até 100% da contribuição que incidirá sobre as remunerações dos segurados empregados, logo, a alíquota da contribuição previdenciária do empregador. (art. ,22, II, da Lei n. 8.212/1.991 e art. 10 da Lei n. 10.666/2003);

3. competência da Justiça comum estadual nas ações entre o INSS e o segurado vítima de acidente de trabalho (art. 109, I, da CF/1988; Súmula nº 501 do Supremo Tribunal Federal - STF; Súmula nº 15 do Superior Tribunal de Justiça - STJ), nos casos de demanda envolvendo acidente de trabalho, mesmo sendo INSS uma Autarquia Federal, o que em tese deveria atrair a competência da Justiça Federal, nas causas de origem acidentário a competência é da justiça comum estadual;

4. inexistência de carência para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho (art. 26, II, do Lei n. 8.213/1991);

5. obrigatoriedade do empregador depositar o valor referente ao FGTS na conta vinculada do empregado vitimado, mesmo que ele esteja afastado do trabalho e recebendo benefício do INSS, conforme o art. 15, § 5º, da Lei n. 8.036/1990.

#### **4. RECONHECIMENTO DO ACIDENTE DE TRABALHO**

Nos casos de segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, é obrigação do empregador, expedir a Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), o que deverá ocorrer até o 1º dia útil seguinte ao do acidente, no caso de ter ocorrido a morte do empregado, o comunicado deve ser feito imediatamente para a autoridade competente, se não for feito o comunicado o empregador fica sujeito a aplicação de multa administrativa.

A CAT necessita ser preenchida em 04 vias a saber:

- Uma para ser levada ao INSS;
- Uma para o empregador;
- Uma para o segurado vítima do acidente ou aos seus dependentes;

- Uma para ser entregue ao sindicato da categoria vinculada a empresa.

Para os casos de descumprimento ou ser expedida a CAT tardiamente, existe a possibilidade de aplicação de multa administrativa.

Havendo recusa do empregador em emitir o documento a lei (art. 22, § 2º, do Lei n. 8.213/1991) determina que outras pessoas podem de forma subsidiária emitir a CAT. São eles:

- O acidentado ou seus, dependentes;
- O sindicato da categoria;
- O médico que socorreu ou assessorou ao trabalhador vitimado;
- Qualquer autoridade pública que tenha tido conhecimento do evento acidente de trabalho.

Vale destacar que qualquer comunicação subsidiária não inibe a aplicação da multa ao empregador omissor, já que deixou de emitir o documento, logo, está caracterizada a infração, já que o comunicado de acidente do trabalho se trata de um dever do empregador.

## **5. ENCARGOS DO EMPREGADOR PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO**

Independente de dolo ou culpa do empregador pelo evento acidentário que vitimou o empregado, a responsabilidade é objetiva, e a demanda deverá ser proposta perante a Justiça do Trabalho pelo próprio empregado vitimado, ou, em caso de morte, pela viúva ou por seus dependentes.

Em sendo julgada procedente a ação trabalhista, o empregador poderá ser condenado ao pagamento de danos morais, danos materiais e ainda ser condenado ao pagamento de pensão vitalícia pela redução da capacidade laborativa do empregado vitimado.

Suely Ester Gitelman e Murilo Caldeira Germiniani afirmam que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos seus sócios, já que a sociedade possui autonomia patrimonial, entretanto, no Brasil existe a possibilidade de relativizar a personalidade Jurídica da empresa, como consequência disto, os bens dos sócios responderão pelas

obrigações da empresa, assim que efetivada a desconsideração da personalidade jurídica da companhia.<sup>91</sup>

Apesar de entendermos que a responsabilidade é objetiva, Maurício Godinho Delgado afirma que são necessários três requisitos essenciais para a responsabilização do empregador: o dano; o nexo de causalidade e a culpa do empregador.<sup>92</sup>

No que pertine ao dano material, é necessária sua demonstração, ou seja, as perdas materiais sofridas, inclusive podem ser mensurados e estimados os danos emergentes e os lucros cessantes e ainda o dano à imagem, vinculando-os as despesas já realizadas ou às futuras, decorrentes da lesão sofrida, tudo vinculado à perda patrimonial efetiva ou até mesmo estimada como consequência da redução da capacidade laborativa.

O mesmo não ocorre com o dano moral, haja vista que não se pode exigir prova de tal dano, mesmo porque ele é auto evidente, insuscetível de prova, mas por óbvio o fato causador deve estar devidamente provado. O dano moral é presumido o fato não.

Alexandre Agra Belmonte discorre que o dano moral pode se referir aos efeitos valorativos da personalidade, aos atributos físicos da personalidade, aos atributos psíquicos ou intelectuais da personalidade e aos atributos culturais de certa comunidade ou integridade cultural coletiva.<sup>93</sup>

No que pertine ao nexo causal deve haver evidência fática entre a conduta do empregador e o dano sofrido pelo obreiro. Vale destacar que em caso de doenças profissionais e ocupacionais é possível verificar outras causas, fora da alçada do empregador.

Mauricio Godinho Delgado chama isso de multicausalidade ou concausalidade, e afirma ainda referido autor que tais peculiaridades não eliminam a presença do nexo causal, se constatado que o próprio ambiente de tenha contribuído para o malefício, e se constatada a concausa, é fato relevante para atenuar o valor de eventual indenização.<sup>94</sup>

Ocorrido o acidente de trabalho, a culpa do empregador é presumida, se constatada a existência dos requisitos anteriores, ou seja, o dano e o nexo causal, eis que o empregador tem a direção e a dinâmica do ambiente de trabalho, sendo o responsável

---

91 Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social – RDT, ano 48 – 223 – Maio/junho de 2022, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022. p. 126/127.

92 Curso de Direito do Trabalho, 15ª edição, Ltr, São Paulo, 2016. P. 691.

93 Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª Edição, Recife, Editora Renovar, 2007. p. 103.

94 Curso de Direito do Trabalho, 15ª edição, Ltr, São Paulo, 2016. P. 693

direto pela prestação de serviço do empregado em seu estabelecimento, por óbvio, ocorrido o acidente pressupõe a culpa do patrão, vez que o obreiro estava sob suas ordens.

E finalmente é bom destacar que, se a empresa comprovar que o fato ocorreu por culpa exclusiva do trabalhador, no que se refere ao surgimento da lesão ou do acidente, sendo exclusiva do obreiro, fica afastada a responsabilidade do empregador, mas se a culpa for concorrente isso não ocorrerá, não excluirá a responsabilidade patronal, mas poderá servir como fator atenuante, observadas as circunstâncias do caso concreto, e atenuará o valor da eventual indenização a ser paga a título de reparação.

## **6. PRESCRIÇÃO DOS BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS**

O art. 104, da Lei n. 8.213/1.991, determina que as ações referentes à prestação por acidente do trabalho prescrevem em cinco anos contados da seguinte data:

- Do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária;
- Em que for reconhecida pela Previdência Social, a incapacidade permanente ou agravamento das sequelas do acidente.

A jurisprudência do STJ entende que, em se tratando de benefício previdenciário, ocorre a prescrição progressiva, onde apenas as parcelas vencidas antes de cinco anos anteriores à distribuição da demanda ou do pedido administrativo do requerimento do benefício protocolado junto ao INSS restarão alcançados pela prescrição. Segundo o STJ:

*“Nas ações ajuizadas com o objetivo de obter benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, a prescrição incide apenas sobre as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não ocorrendo a chamada prescrição do fundo de direito, nos termos da súmula 85/STJ”. (STJ, REsp nº 1503292/PB, publicado em 31.03.2015)*

## **7. ACIDENTES DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SEARA PREVIDENCIÁRIA**

Muito embora, no Brasil, a Segurança e Saúde no Trabalho (SST) tenha evoluído bastante nas últimas três décadas, com a existência de leis e de profissionais que asseguram a saúde e segurança dos trabalhadores, os índices de acidentes do trabalho não têm reduzido de forma satisfatória.

O marco tornou-se oficial em 1.972, depois de regulamentada a formação técnica em Segurança e Medicina do Trabalho. Em 27/7/1.972, foram publicadas as portarias de nº 3.236, que instituiu o Plano Nacional de Valorização do Trabalhador, e a de nº 3.237, que

tornou obrigatórios os serviços de medicina do trabalho e engenharia de segurança do trabalho em todas as empresas com um ou mais trabalhadores.

Vale enfatizar que as Normas Regulamentadoras, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas, e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT

O aumento dos acidentes de trabalho acontece por vários motivos, e englobam os Empregados, Empregadores e Governo Federal.

Os operários, por desconhecerem ou até mesmo por falta de consciência dos riscos ocupacionais a que ficam expostos no exercício da sua profissão. Noutro compasso, temos as empresas, que estão adormecidas, desconhecem as consequências jurídicas que devem arcar pelo simples fato de não propiciarem a seus empregados ambientes de trabalho sadios e seguros.

Vale ressaltar que as empresas estão sujeitas à fiscalização trabalhista de segurança e saúde no trabalho, conseqüentemente, além de serem notificadas, autuadas/multadas, e até terem suas atividades paralisadas, por descumprirem a legislação pertinente à segurança e saúde no trabalho, também, terão um passivo trabalhista, pois têm crescido significativamente as ações de natureza acidententárias por Danos Materiais e Morais, englobando as ações de doenças ocupacionais que são equiparadas a acidente de trabalho. E, ainda, essas empresas podem e devem ser surpreendidas com ação regressiva em seu desfavor, objetivando todo valor repassado para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em favor dos segurados acidentados ou a seus dependentes.

O Governo, através do Ministério do Trabalho e Emprego precisa elaborar estrategicamente um conjunto de medidas no intuito de reduzir os Acidentes de Trabalho no Brasil, contribuindo para a redução dos danos aos trabalhadores, às empresas e ao Orçamento da União

Vale destacar que o acidente de trabalho, além de acarretar sérias consequências no contrato de emprego, também gera consequências negativas no orçamento da Previdência Social, com os gastos em benefícios previdenciários.

#### **a). Benefícios previdenciários acidentários**

Convém ressaltar que “A ideia de previdência está intimamente ligada à noção de risco social. Tal expressão pode ser examinada a partir de duas perspectivas: uma, objetiva,

que qualifica os riscos como sociais pelo fato de atingirem qualquer indivíduo e serem inerentes à vida em sociedade; e outra, subjetiva, por compreender riscos cuja prevenção somente a coletividade é apta a proporcionar e cujos danos somente a ela incumbe reparar, posto que os indivíduos, isoladamente considerados, carecem de meios técnicos ou econômicos para lhes fazer frente.”<sup>95</sup>

Bem frisou o doutrinador que “com o advento da Lei 5.316/67, a proteção acidentária saiu da esfera trabalhista e adentrou à previdência social, operando-se a estatização do seguro de acidentes de trabalho, onde se mantém até hoje, na forma no artigo 201, inciso I, da CRFB, que prevê a cobertura nos casos de doença, invalidez e morte”.<sup>96</sup>

“O Estado assumia, então o monopólio do seguro em questão que, desde a criação fora gerido pelas empresas privadas e, mais adiante, também pelas carteiras específicas das autarquias de previdência social”.<sup>97</sup>

Por fim, o sistema de seguro de acidente de trabalho encontra-se regulamentado pela Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991 – Plano de Benefícios da Previdência Social,

Lembrando, que “O direito atual segue a tendência de considerar a proteção social pelo efeito danoso provocado na pessoa do segurado, sem específica atenção para a causa relacionada com o fato”.<sup>98</sup>

Convém relatar que “a proteção previdenciária não é plena, pois tarifada pela Lei de Benefícios. Não cobre, por exemplo, lucros cessantes e danos emergentes”. <sup>99</sup>

“A carga do empregador ficam as demais reparações/compensações de natureza estritamente civilista, como os gastos com tratamentos médicos, próteses, danos materiais, morais e/ ou estéticos e pela perda de uma chance”. ( MELO, 2011, p. 54)

Para a proteção previdenciária, não há necessidade de existência de dolo ou culpa do empregador, sendo devido o benefício por incapacidade inclusive nos casos de culpa

---

95 Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, p. 41

96 Curso De Direito E Processo Previdenciário. Frederico Amado, 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 405

97 Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, p. 51

98 Ibidem, p. 55

99 Direito Previdenciário, Lazzari Castro, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 273



da vítima. Impõe-se que haja, sim, nexos causal entre o acidente ou a doença e a lesão ou a morte.”<sup>100</sup>

Lembrando que o benefício previdenciário é devido até mesmo nos casos de culpa da vítima, tendo em vista que “O sistema brasileiro adota a técnica do risco-causa. O risco-causa é o conceito adotado pelo seguro social. Diferentemente do risco-previsão, do seguro tradicional, que compreende o risco como previsão de cobertura, o risco-causa é baseado na hipótese de incidência. Nele, o sinistro ocorre pela verificação e concretização do risco, que, conseqüentemente, provoca a subsunção do fato ao modelo legal”.<sup>101</sup>

A Lei n. 8.213/1.991, por sua vez garante aos empregados/beneficiários-segurados os seguintes benefícios: Auxílio por incapacidade temporária (auxílio doença); Aposentadoria por incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez), pensão por morte.

Ressaltando, que salvo em relação à pensão por morte, o auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente são transitórios, ou seja, a qualquer momento poderá ser cessado o benefício, desde que cessada a incapacidade para o trabalho, sendo oportuno afirmar que o empregado/segurado deverá retornar ao posto do trabalho, nesse caso o contrato de trabalho deixa de ser considerado suspenso.

### **b).Responsabilidade Acidentária**

“O art. 121 da Lei n. 8.213/1.991 bem captou esse princípio, ao estabelecer: O Pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. Observe-se que foi mencionada a responsabilidade civil genericamente, o que permite concluir que todas as espécies estão contempladas”.<sup>102</sup>

Vale ressaltar que “no caso da reparação civil, pode o empregado obter indenização quando a empresa, por seus prepostos, tenha incorrido em conduta dolosa ou culposa que tenha causado o infortúnio (ou quando seja o caso de responsabilização objetiva), cabendo ao empregador provar a inexistência de dolo ou culpa”. <sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Ibidem, p. 274

<sup>101</sup> Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, p. 57

<sup>102</sup> Sebastião Geraldo de Oliveira, Indenizações por Acidente do Trabalho Ou Doença Ocupacional, 9ª Edição São Paulo, LTr, 2016, p. 125.

<sup>103</sup> Direito Previdenciário, Lazzari Castro, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 274

O artigo 7º, XXVIII, da CRFB estabelece, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Pela regra vigente existem três alíquotas básicas para o financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), também conhecido por Risco Ambiental do Trabalho (RAT), que incidem sobre o total da remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, sendo elas as seguintes (Lei n. 8.212/91, art. 22, II):

- a) 1% para atividades de risco leve;
- b) 2% para atividades de risco médio;
- c) 3% para atividades de risco grave;

Lembrando que o SAT “destina-se, exclusivamente, ao financiamento dos benefícios concedidos pela Previdência Social para trabalhadores que são acometidos de acidente de trabalho e que as alíquotas previstas na legislação (1%, 2% ou 3%) são distribuídas conforme índices médios de cada categoria econômica, conhecidos pelo Ministério da Previdência Social, mas isso não impede que determinada empresa invista na melhoria de seu ambiente e que, reduzindo a gravidade do risco, tenha também reduzida alíquota básica destinada a esse seguro. A ideia é muito mais ampla que a mera arrecadação de valores”. 104

“O Sistema de Seguridade Social se traduz na ideia de seguros privados, ou seja, a medida de contribuição ao sistema é diretamente proporcional ao acontecimento do evento danoso. Portanto, aquele contribuinte que gerar maior probabilidade de causar o risco social, dever verter contribuições mais elevadas aos cofres da Seguridade Social.” 105

Vale frisar que o INSS somente concede benefícios com código de acidente de trabalho aos segurados que possuem o pagamento da contribuição SAT em seu favor: empregado, empregado doméstico (este após a LC 150/2015), trabalhador avulso e segurado especial.

---

104 Cláudia Salles Vilela Vianna. Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e atualizada. 2. Ed. – São Paulo: LTr, 2017, p. 197

105 Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, 92

Logo, o contribuinte individual, quer autônomo, quer prestando serviços à pessoa jurídica, não terá deferido pelo INSS benefício por acidente de trabalho, e sim benefício comum, o mesmo ocorrendo com o segurado facultativo, que sequer trabalha.<sup>106</sup>

Assim, a Lei 8.212/91, ao instituir alíquota mensal variável sobre a folha de pagamento, entre 1% a 3%, de acordo com o grau de risco, sugere que a responsabilidade inicial, em virtudes dos danos causados por acidente do trabalho, seja do empregador.

### **c). Consequências do infortúnio (acidente de trabalho)**

O empregado e família sofrem de imediato os maiores prejuízos. O Obreiro pode ficar incapacitado de forma parcial ou total, temporária ou permanente para o trabalho.

O acidente pode ocasionar outras sequelas além das físicas, pode acarretar problemas de ordens psicológicas e morais.

E ainda, o acidente pode resultar em morte do empregado, deixando órfãos e viúvas, quando não chega a esse extremo, a família passa viver com valores inferiores ao de outrora quando o trabalhador estava em gozo de plena saúde.

Já em relação as empresas além de perderem grandes somas em espécies também pedem a credibilidade perante a sociedade.

A empresa poderá ser responsabilizada civilmente e criminalmente pelo dano causado, e, ainda, poderá sofrer uma ação regressiva na forma do artigo 120 da Lei n. 8.213/91.

Frisando que a função social da empresa consiste em um princípio importante para o devido funcionamento da ordem econômica constitucional, além de contemplar diversas esferas da sociedade, como o meio ambiente, a propriedade privada, o direito dos(as) trabalhadores(as), entre outros.

Lembrando, que o Estado e a Sociedade também acabam tendo grandes perdas com os acidentes de trabalho.

Cada acidente de trabalho ocorrido nas empresas atinge todo o sistema produtivo, afetando diretamente o Produto Interno Bruto (PIB) do país.

---

<sup>106</sup> Curso De Direito E Processo Previdenciário. Frederico Amado, 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 420

Os custos sociais aumentam a cada acidente de trabalho, considerando os gastos com benefícios previdenciários e ainda, gera o aumento da população inativa, empobrecimento e queda do poder aquisitivo.

## **8. AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA**

De acordo com o artigo 120, da Lei n. 8.213/91 em caso de acidente de trabalho causado por negligência do responsável pelo cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos segurados, a Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis, não se eximindo o empregador da sua responsabilidade civil pelo fato de ter a Previdência pago prestações decorrentes da incapacidade gerada pelo acidente de trabalho.

O direito de regresso, está previsto de forma expressa nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91 (dispõe sobre os planos e Benefícios da Previdência Social e outras providências), eis os dispositivos:

“Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”

Frisa o doutrinador Frederico Amado, “os acidentes de trabalho e eventos equiparados ocorridos por culpa do empregador em não seguir as normas vigentes sobre a proteção do trabalhador gerarão a responsabilidade desde em ressarcir a Previdência Social o valor que for gasto no pagamento dos benefícios acidentários, até que ocorra a sua cessação.”<sup>107</sup>

Como se sabe, as empresas têm a responsabilidade de cumprir com os ditames da lei em sede de prevenção de acidente de trabalho. A própria Lei n. 8.213/91 reitera a determinação.

Art. 19 .(...)

---

<sup>107</sup> Curso De Direito E Processo Previdenciário. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 422

Parágrafo 1º. A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988, garante a proteção e segurança quando a acidentes de trabalho:

Art. 7º . São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XXVIII – Seguro Contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este era obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Lembrando que a cada ano, infelizmente, ocorrem milhares de acidentes que causam incapacidade, invalidez ou morte dos trabalhadores urbanos e rurais. Muitos desses acidentes estão ligados à ausência de cumprimento de legislação.

Portanto, a ação regressiva contra o empregador ou ex-empregador é ajuizada para que seja restituído os valores despendidos com o benefício previdenciário. O caráter desta é punitivo e pedagógico, visando a criar uma cultura de efetivação de proteção no ambiente laboral.

O professor Miguel frisa que “A ação regressiva tem natureza preventiva. Num primeiro momento, visa a proteção do trabalhador contra os acidentes do trabalho, com a previsão de um mecanismo capaz de forçar o cumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho, e em um segundo momento, o ressarcimento dos valores pagos a título de benefícios e serviços acidentários que oneraram os cofres públicos, nos casos em que estes eventos poderiam ter sido evitados, se as medidas preventivas e fiscalizatórias tivessem sido adotadas pelo empregador.”<sup>108</sup>

Convém relatar que “a ocorrência dessas ações tem sido cada vez mais frequente, e das sentenças emitidas já se podem colher elementos suficientes para o estudo do direito regressivo da Previdência contra o empregador desidioso no que diz respeito à proteção à integridade física do trabalhador”.<sup>109</sup>

---

108 A ação regressiva acidentária do trabalho como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente laboral. Revista do advogado – Direito Previdenciário, São Paulo, n. 149, p. (30-36), março de 2021

109 Lazzari Castro, Direito Previdenciário, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 277

A fim de evitar uma futura ação regressiva, o empregador deve seguir a legislação trabalhista bem como as normas regulamentadoras que se aplicam ao campo. Além, é claro, de proporcionar equipamentos de segurança individual e coletivos, bem como sua fiscalização, capacitação periódica, equipamentos de segurança individual e coletivos, aperfeiçoamento de canais de comunicação proativos estimulando o diálogo constante no ambiente de trabalho.

A Justiça Federal possui competência para julgar a ação regressiva (art. 109, I, da CF/1.988), vez que se trata de ação entre o INSS e empresa.

É de cinco anos o prazo prescricional e o seu termo inicial é a data da concessão do benefício acidentário, já que é nessa ocasião que o erário público é lesado. Esse prazo de cinco anos advém da aplicação analógica do art. 1º do Decreto nº 20.910/1.932, segundo entendimento do STJ no REsp nº 1.457.646/PR.

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO FALECIDO EM ACIDENTE DE TRABALHO. DEMANDA RESSARCITÓRIA AJUIZADA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 103 E 104 DA LEI Nº 8.213/91.*

*1. Nas demandas ajuizadas pelo INSS contra o empregador do segurado falecido em acidente laboral, visando ao ressarcimento dos danos decorrentes do pagamento da pensão por morte, o termo a quo da prescrição da pretensão é a data da concessão do referido benefício previdenciário.*

*2. Em razão do princípio da isonomia, é quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, o prazo prescricional da ação de regresso acidentária movida pelo INSS em face de particular.*

*3. A natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador.*

*4. Recurso especial a que nega provimento.*

*(REsp n. 1.457.646/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, DJe de 20/10/2014.)*



A título de exemplo bem recente de Ação regressiva, podemos citar a condenação da **Samarco Mineração S/A (Vale)** a ressarcir cerca de R\$ 11,6 milhões ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pelo pagamento de benefícios previdenciários a familiares de **vítimas do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG)**.

O acidente, ocorrido em novembro de 2015, provocou a morte de 19 pessoas, em uma das maiores tragédias socioambientais do Brasil.<sup>110</sup>

## **9. DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

Importante frisar que da mesma forma que todo cidadão almeja um meio ambiente equilibrado, essencial a sua qualidade de vida, todo trabalhador tem direito a receber a proteção normativa a um meio ambiente de trabalho seguro e saudável.

Todos os trabalhadores sem exceção, autônomos, eventuais, informais, domésticos, dentre outros, serão protegidos pelas normas atinentes ao meio ambiente de trabalho. Referidas normas visam proteger a saúde humana, a pessoa humana, como dito acima todos sem exceção, e não necessariamente o trabalhador que possui vínculo formal de emprego.

A proteção do meio ambiente do trabalho, ao mesmo tempo em que é instrumento garantidor do exercício do trabalho em condições dignas e está vinculada diretamente à saúde do trabalhador enquanto cidadão, “não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho”, nas palavras de Sandro Nahmias Melo<sup>111</sup>. Sendo assim, há um caráter dúplice em sua fundamentalidade, caracterizando-se tanto como direito social quanto direito metaindividual.

O meio ambiente de trabalho integra a nossa Carta Magna enquanto direito fundamental. E como bem frisou o professor Miguel Horwat Junior o meio ambiente passa a ser uma das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Lembrando que os riscos do empreendimento pertencem ao empregador e, se este viola o meio ambiente do trabalho e expõe a risco seu empregado, deve ser responsabilizado.

---

<sup>110</sup> Fonte: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/rompimento-de-barragem-agu-obtem-condenacao-da-samarco-a-ressarcir-inss-por-pensoes-pagas-as-familias-das-vitimas>. Acesso em 18/07/2022

<sup>111</sup> Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, Editora LTr, São Paulo, 2001, p. 31

Quando ocorrem violações ao meio ambiente do trabalho, não só afetam à saúde do trabalhador, assim como também a toda a família do obreiro, e ainda, o empregador não só infringiu direitos trabalhistas, como também desrespeitou os direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, saúde e, até mesmo, vida.

O professor Miguel Horwat Junior<sup>112</sup>, relata que:

“A dignidade da pessoa humana diz respeito às características próprias e inerente do ser humano enquanto ser racional e crítico. Assim todos os integrantes da espécie humana por serem dotados de racionalidade têm direitos humanos. Direitos humanos devem ser entendidos como os mínimos existenciais estabelecidos para uma vivência razoável sem a discriminação em função de raça, cor, local do nascimento, crença religiosa, linhas filosóficas adotadas. Como os direitos basilares para que possa ser dar a vida em sociedade. Como vivemos em um mundo desigual estes mínimos e sua forma e ou possibilidades de efetivação estão esculpidos em tratados internacionais. O mais relevante e importante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948”.

No Brasil diariamente acontecem acidentes de trabalho, muitas das vezes acidentes com óbitos, quando não aqueles que incapacitam o trabalhador para o exercício de suas atividades laborais.

Ainda, temos as doenças adquiridas em função de determinada atividade exercida que acarretam muitas das vezes sequelas irreversíveis, tais doenças também são classificadas como acidente do trabalho para fins previdenciários e trabalhistas nos termos da Lei 8.213/91.

É preocupante o descaso do meio ambiente de trabalho equilibrado por algumas empresas. A Constituição é clara ao assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança visando à integridade física do trabalhador e o controle dos agentes nocivos do ambiente de trabalho.

O empregador precisa entender que a dignidade do trabalhador deve ser protegida ao máximo, portanto, o objetivo principal é a eliminação dos riscos. Sabemos que há uma preocupação dos empresários com a incidências dos encargos, caso não mantenha o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado, porém a questão maior deve ser com a vida do trabalhador.

---

<sup>112</sup> A ação regressiva acidentária do trabalho como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente laboral. Revista do advogado – Direito Previdenciário, São Paulo, n. 149, p. (30-36), março de 2021

Contudo, caso ocorra o inevitável, a ocorrência do dano, deve o empregador ser responsabilizado a ressarcir o prejuízo de forma a reparar o trabalhador ou em caso de morte, a família, pelo mau funcionamento do meio ambiente de trabalho.

É salutar frisar que o empregador, além de arcar com os direitos trabalhistas, poderá sofrer uma condenação civil, penal e uma ação regressiva do INSS para ressarcir aos cofres públicos os valores gastos com o trabalhador que ficou incapacitado para o labor ou até mesmo em caso de falecimento do obreiro.

A responsabilidade civil do empregador por acidentes de trabalho e danos ao meio ambiente laboral encontra-se alicerçada no art. 7º XXVIII, da Constituição da República que assim dispõe: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa”.

Impõe-se, urgentemente, a proteção do meio ambiente laboral, o trabalhador não pode comprometer a sua saúde no labor, a conservação do meio ambiente laboral deve ser pauta diária dos empresários, oferecer condições mínimas de trabalho aos seus empregados, e zelar por elas, é de excepcional importância.

## **CONCLUSÃO**

A constituição Federal e as normas infra constitucionais garantem ao trabalhador um ambiente de proteção e saudável, se o empregador observar as normas de saúde e segurança do trabalho editadas pelo Ministério do Trabalho e previdência social.

Descumpridas as normas de medicina e segurança do trabalho e tendo ocorrido o acidente de trabalho, vitimando o trabalhador os danos gerados afetam a todos, ou seja, o trabalhador, a empresa a sociedade e o sistema previdenciário.

É certo que o empregado poderá ser indenizado financeiramente pela empresa, inclusive será colocado em gozo de benefício previdenciário, como forma de atenuar os efeitos do acidente, mas, isso por si só não é suficiente para reparar todo o dano causado por eventual acidente, já que o sofrimento do trabalhador se reflete em sua família e na sociedade em geral.

Dá mesma forma, o sistema previdenciário poderá também ser indenizado pelo empregador que for comprovadamente culpado e deu causa ao acidente causado.

De qualquer forma, o empregador será penalizado pelos acidentes, seja pela indenização trabalhista que irá suportar, seja pela ação regressiva a ser proposta pelo INSS

visando repor os danos decorrentes do evento acidentário, seja pelo aumento das alíquotas básicas para o financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT).

Mesmo com todo esse “prejuízo” que decorre dos acidentes de trabalho, percebe-se que os infortúnios não tem diminuído, e por via de consequência os custos sociais decorrentes dos acidentes de trabalho só aumentam, tendo como reflexo disso uma grande parte da população está ficando inativa por invalidez, parcial ou total, temporária ou permanente.

Nossa conclusão é a de que a redução dos acidentes passa diretamente pela proteção do meio ambiente de trabalho, o descaso com a medicina e segurança do trabalho acaba por elevar o risco de acidentes.

Os empregadores precisam começar a entender que o aumento na proteção do trabalhadores ocasionará a redução dos riscos acidentários e por via de consequência a redução dos acidentes e a diminuição dos custos, dos encargos e das indenizações que terão de pagar no futuro.

É urgente a necessidade de investimento em segurança e medicina do trabalho, manter o meio ambiente de trabalho seguro para a geração atual e para as próximas gerações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ALELUIA**, Thais Mendonça. Direito do Trabalho. 4ª edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2018.

**AMADO**, Frederico. Curso de direito e processo previdenciário. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. Direito Previdenciário, JusPodivm, 9ª Edição, Salvador, 2018.

**BATISTA**, Homero, Direito do Trabalho Aplicado – Saúde do trabalho e profissões regulamentadas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.

**BELMONTE**, Alexandre Agra, Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª Edição, Recife, Editora Renovar, 2007.

**BERBEL**, Diogo Lopes Vilela e **BALERA** Wagner. Direito Previdenciário Acidentário: Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022.

**BRÓLIO**, Raphael Jacob, O Meio Ambiente do Trabalho Juridicamente Sustentável, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

**CASSAR**, Vólia Bomfim. Resumo de Direito do Trabalho. 2ª Edição, Editora Impetrus, Niterói, 2012.

**CASTRO**; Lazzari. Direito Previdenciário, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021

**DALLEGRAVE NETO**, José Affonso, Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, Editora Ltr, São Paulo, 2005.

**DELGADO**, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15a ed. São Paulo/SP: Editora LTr, 2016. v. Único

**HORVATH JUNIOR**, Miguel. A ação regressiva acidentária do trabalho como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente laboral. Revista do advogado – Direito Previdenciário, São Paulo, n. 149 março de 2021.

**LEITE**, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 2020.

**MARTINS FILHO**, Ives Gandra da Silva e NAHAS, Thereza Chistina - Coordenadores, Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social – RDT, ano 48 – 223 – Maio/junho de 2022, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.

**MARTINS**, Adalberto Manual Didático de Direito do Trabalho. 2a ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2006. v. Único

**MARTINS**, Sérgio Pinto Direito do Trabalho. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. Único

**MELO**, Raimundo Simão de. Ações acidentárias na justiça do trabalho: teoria e prática. São Paulo: LTr, 2011.

**MELO**, Sandro Nahmias, Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, Editora LTr, São Paulo, 2001.

**NASCIMENTO**, Amauri Mascaró. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. v. Único.

**NUNES**, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. 14ª Edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2021.

**OLIVEIRA**, Sebastião Geraldo de, Indenizações por Acidente do Trabalho Ou Doença Ocupacional, 9ª Edição, São Paulo, LTr, 2016.

**SANTOS**, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado; Coord. Pedro Lenza, Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2016.

**VIANNA**, Cláudia Salles Vilela. Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e atualizada. 2. Ed. – São Paulo: LTr, 2017

<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/rompimento-de-barragem-agu-obtem-condenacao-da-samarco-a-ressarcir-inss-por-pensoes-pagas-as-familias-das-vitimas>. Acesso em 18/07/2022.

<https://www.rededorsaoluiz.com.br/doencas/silicose>, acesso em 20/07/2022.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm#:~:text=L8080&text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20prov%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=L8080&text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20prov%C3%AAs). Acesso em 29/08/2022.



## FATORES AGRAVANTES DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA NO BRASIL

**JULLYA MARIANY MEDRADO NICOLETTI:**

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP (UNIFUNEC).

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo principal abordar o tema da violência doméstica e como os lares se tornaram ainda mais perigosos na pandemia. A violência doméstica infelizmente está presente em lares do mundo inteiro, porém, no Brasil ao decorrer da pandemia os números foram alarmantes para tamanha crueldade, tornando as vítimas cada vez mais invisíveis, desamparadas, reféns de seus agressores, tornando impossível ir até a delegacia efetuar o boletim de ocorrência e dessa forma, sendo privada de seu direito e perdendo sua dignidade. Conforme pesquisa, uma em cada quatro mulheres acima dos dezesseis anos asseguram ter sofrido algum tipo de violência, seja física, psicológica ou sexual dentro de sua própria residência, apesar do maior número de denúncias, o aumento da violência doméstica ainda assim foge das estatísticas dos órgãos de segurança pública. É importante trazer essa informação para que todos tenham consciência e estejam cientes, até mesmo, para que as outras pessoas possam ajudar essas vítimas ou, ainda, para que a própria mulher saiba como reconhecer a violência e prosseguir para poder denunciar ou pedir ajuda. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas em sites, livros e revistas de referência da área.

**Palavras-chave:** Violência doméstica. Mulher. Pandemia.

**ABSTRACT:** This article aims to address the issue of domestic violence and how homes have become even more dangerous in the pandemic. Domestic violence is unfortunately present in homes all over the world, however, in Brazil during the pandemic the numbers were alarming for such cruelty, making the victims increasingly invisible, helpless, hostages of their aggressors, making it impossible to go to the police station to carry out the police report and thus, being deprived of their right and losing their dignity. According to a survey, one in four women over the age of sixteen claim to have suffered some type of violence, whether physical, psychological or sexual within their own home, despite the greater number of complaints, the increase in domestic violence still escapes the statistics of the public security agencies. It is important to bring this information so that everyone is aware,

and even so that other people can help these victims, or so that the woman herself knows how to proceed in order to report or ask for help. The work was carried out through research on websites, books and reference magazine in the area.

**Keywords:** Domestic violence. Women. Pandemic

## 1 INTRODUÇÃO

As medidas que necessitaram ser adotadas com urgência impostas pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19), mudou consideravelmente a vida de todos os indivíduos, principalmente a das mulheres, infelizmente, de uma forma totalmente negativa. O isolamento social no Brasil, nos trouxe vários problemas, entre eles, o aumento da violência doméstica, o que pôde ser notado ainda nas primeiras semanas de quarentena. Mesmo antes da pandemia que vivenciamos, a violência doméstica sempre foi algo recorrente e preocupante, com esse fenômeno só se agravou algo que, em nossa realidade, é algo que não há como ser controlado.

Dentre os vários setores da sociedade em que o pensamento machista se faz corrente, a família é um dos mais debatidos atualmente. Isso pelo motivo de que a maioria dos núcleos familiares, tanto dos países ocidentais quanto dos orientais, é estruturada colocando a figura do homem em uma posição de superioridade e atribuindo a ele o papel de sustentar a casa, enquanto que a mulher é submissa à vontade masculina. Por mais que esse cenário esteja ultrapassado e muitas famílias já não partilham desses pressupostos, a sociedade ainda é, em grande parte, patriarcal, ou seja, voltada para a figura do homem.

Sabe-se que o machismo dá o privilégio aos homens em relação às mulheres, colocando-os em uma posição hierárquica superior. Mas as atitudes machistas nem sempre transparecem essa noção de hierarquia, especialmente quando são justificadas pela ideia de que as funções distintas entre mulheres e homens é algo natural, alegando que essas "diferenças" são necessárias, dito isso, começa-se a entender o porquê o Brasil é um país onde se prevalece essa superioridade do homem, a ideia da submissão feminina é, pois, um dos motivos pelos quais as mulheres são tratadas com desprezo, discriminação e preconceito, dessa forma, com esse pensamento retrocesso a violência doméstica contra mulheres só aumentam cada mais, trazendo assim um aumento significativo na pandemia.

## 2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

No Brasil, calculasse que cinco mulheres são brutalmente espancadas a cada dois minutos e os responsáveis por isso são seus companheiros, sejam eles maridos, namorados ou ex-companheiros que se revoltam com o fim do relacionamento extremamente abusivo, onde tratam mulheres como posse. A recorrência, no entanto não pode ser apenas restringida à relações amorosas, é no geral: a relação íntima de afeto prevista na Lei Maria

da Pena (Lei nº 11.340/2006) pode haver violência doméstica e familiar independentemente de parentesco, o agressor pode ser o padrasto, madrasta, sogro (a), cunhado (a) ou agregados, desde que a vítima seja uma mulher, em qualquer idade ou classe social. Segundo dados divulgados pelo Fórum de Segurança Pública revelou que 4,3 milhões de mulheres (6,3%) foram agredidas fisicamente com tapas, socos ou chutes (SEABRA, 2021). Ou seja, a cada minuto, 8 mulheres apanharam no Brasil.

Mesmo com todos os dados alarmantes, muitas das vezes, essa violência não é devidamente reconhecida e não se dá a importância que o assunto realmente deve ter, uma vez que raças e culturas geram e mantêm desigualdades entre homens e mulheres e alimentam a ideia de que isso possa ser algo comum e que possamos nos acostumar com os crimes decorrentes, mesmo vivenciando tempos modernos, infelizmente, ainda há o pensamento de que os assuntos familiares devem ser discutidos somente entre os membros da família, quando na verdade, nossa realidade deixa nítido que deveríamos nos preocupar com o que acontece entre família, quando alguém pode se ferir ou até mesmo ser brutalmente assassinado, isso se torna um problema de todos.

Violência doméstica e familiar contra a mulher é considerada qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, conforme dispõe artigo 5º da Lei Maria da Pena, a Lei nº 11.340/2006:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Dessa forma, o artigo citado define cinco formas de violência doméstica ou violência familiar, são elas citadas nos tópicos abaixo:

Violência psicológica: onde o agressor xinga, ameaça, humilha, isola, vigia constante, insulta, chantageia, ridiculariza, ou seja, atitudes que podem prejudicar sua saúde mental, intimidar a vítima, desvaloriza os atos e desconsidera as opiniões ou decisões de sua vítima, controlar tudo que a mulher pode ou não fazer, manipular para que ela acredite que o problema sempre será com ela ou faz com que a mesma acredite estar com distúrbios psicológicos, existe também o que é chamado de gaslighting, que é quando um homem utiliza dessas manipulações para fazer a mulher se sentir louca ou desequilibrada, fazendo-a duvidar de seus pensamentos e posicionamentos.

É uma maneira de abuso psicológico no qual informações são distorcidas, seletivamente omitidas para favorecer o abusador ou simplesmente inventadas com a intenção de fazer a vítima duvidar de sua própria memória, percepção e sanidade.

Violência moral: ofender a companheira com comentários baixos na frente de conhecidos, humilhar e debochar publicamente ou expor em redes sociais, fazendo acusações falsas e inventando histórias para que o abusador seja visto como vítima, esse tipo de violência pode ocorrer inclusive pela internet, ou seja, pelas redes sociais.

Violência Patrimonial: controlar ou tirar o próprio dinheiro da mulher, causar danos propositalmente a objetos que ela almeja, destruir documentos pessoais, instrumentos de trabalho e todos os outros bens que ela tiver, a falta de independência financeira principalmente, pode fazer com que muitas mulheres fiquem presas em relacionamentos, esse é um dos principais motivos que faz as vítimas não denunciarem seu agressor.

Violência Física: bater e espancar; empurrar, atirar objetos, sacudir, morder ou puxar os cabelos; mutilar e torturar; usar arma branca, como faca ou ferramentas de trabalho, ou de fogo, as consequências físicas podem causar hematomas, quebrar ossos, causar fraturas, provocar sangramentos internos.

Violência Sexual: obriga-la a ter relações sexuais quando não quer ou quando estiver dormindo, inconsciente ou sem condições para consentir, fazer a mulher olhar imagens pornográficas quando ela não quer; obrigar a mulher a ter relações sexuais com outra ou outras pessoas que ela claramente não se sente confortável e não quer, impedir a mulher de prevenir a gravidez, forçá-la a engravidar ou ainda forçar o aborto quando ela não quiser, esses atos ou tentativas de relação sexual de qualquer natureza sem o consentimento da mulher e normalmente acontecem de maneiras violentas ou sob coação.

São cometidas, principalmente por conta da cultura do estupro, que silencia e relativiza a violência sexual contra a mulher. Violência sexual é abuso, assédio e estupro. Pode ser cometida tanto por pessoas desconhecidas como por pessoas conhecidas, inclusive os seus próprios parceiros, segundo o Ipea, 70% dos estupros são realizados por

conhecidos da vítima ou com quem mantém algum tipo de relacionamento, dentro de

**Quadro 1 – Formas de exercício da violência doméstica**

<b>Coagir e ameaçar</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ameaçar provocar lesões na pessoa da vítima;</li> <li>• Ameaçar abandonar, suicidar-se, queixar-se do cônjuge à Segurança Social;</li> <li>• Coagir para prática de condutas ilícitas.</li> </ul>
<b>Intimidar</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Atemorizar a propósito de olhares, actos, comportamentos;</li> <li>• Partir objectos;</li> <li>• Destruir pertences ou objectos pessoais do outro;</li> <li>• Maltratar os animais de companhia;</li> <li>• Exibir armas;</li> </ul>
<b>Usar a violência emocional</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desmoralizar;</li> <li>• Fazer com que o outro se sinta mal consigo próprio;</li> <li>• Insultar;</li> <li>• Fazer com que o outro se sinta mentalmente diminuído ou culpado;</li> <li>• Humilhar.</li> </ul>
<b>Isolar</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Controlar a vida do outro: com quem fala, o que lê, as deslocações;</li> <li>• Limitar o envolvimento externo do outro;</li> <li>• Usar o ciúme como justificação.</li> </ul>
<b>Minimizar, negar, condenar</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desvalorizar a violência e não levar em conta as preocupações do outro;</li> <li>• Afirmar que a agressão ou a violência nunca tiveram lugar;</li> <li>• Transferir para o outro a responsabilidade pelo comportamento violento;</li> <li>• Afirmar que a culpa é do outro.</li> </ul>
<b>Instrumentalizar os filhos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fazer o outro sentir-se culpado relativamente aos filhos;</li> <li>• Usar os filhos para passar mensagens;</li> <li>• Aproveitar as visitas de amigos para atormentar, hostilizar;</li> <li>• Ameaçar levar de casa os filhos.</li> </ul>
<b>Utilizar “Privilégios machistas”</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratar a mulher como criada;</li> <li>• Tomar sozinho todas as decisões importantes;</li> <li>• Ser o que define o papel da mulher e do homem.</li> </ul>
<b>Utilizar a violência económica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evitar que o outro tenha ou mantenha um emprego;</li> <li>• Forçar o pedido de dinheiro;</li> <li>• Fixar uma mesada;</li> <li>• Apossar-se do dinheiro do outro;</li> <li>• Impedir que o outro conheça ou aceda ao rendimento familiar.</li> </ul>

namoros, casamentos ou relações sociais.

Os atos são de quaisquer tipos de relação sexual até mesmo proibir a de mulher utilizar anticoncepcionais, não utilizar contraceptivos contra a vontade dela, obrigá-la ou impedi-la de abortar.

Conforme o quadro abaixo mostra:

Fonte: ALVES, 2005, p. 4.

Para as Nações Unidas a violência contra a mulher engloba especialmente as ameaças:

Qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero, que resulte em sofrimentos e danos físicos, sexuais e psicológicos da mulher; inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação da liberdade seja na vida pública ou privada. (Conselho Social e Econômico, Nações Unidas, 1992)

O medo das mulheres violentadas e ameaçadas de sofrerem consequências pode fazer com que volte atrás na decisão da denúncia e por terem uma relação de afeto com o companheiro e toda uma história passada, ou por se preocuparem com a situação dos filhos, não querem levar o homem à prisão. Seja qual for o caso, a denúncia deve ser feita. Há soluções personalizadas para cada caso.

As medidas protetivas, criadas pela Lei Maria da Penha, podem levar ao afastamento domiciliar, proibição de aproximação e obrigação de prestação de alimentos provisórios, por exemplo. Tudo isso em 48 horas. É sempre necessário ter o apoio de alguém nesse processo. Inclusive para diminuir o risco de retaliações.

Deve-se utilizar tudo que puder para provar a relação de abuso. As provas mais comuns são: Conversas de texto com o agressor ou com qualquer outra pessoa; Fotos, áudios ou vídeos que demonstrem a violência; Exame de corpo de delito (exame realizado por médico que constata a origem das lesões); Depoimento da vítima: em casos de violência doméstica, a palavra da mulher tem um peso maior; Testemunhas: qualquer pessoa que tenha conhecimento ou tenha presenciado situações de violência pode ser útil. Nos dias atuais, não se pode mais ir até a Delegacia de Polícia para "retirar" a denúncia, pois o delegado não é a autoridade competente para essa desistência. Essa é uma forma de proteger a mulher, que muitas vezes pode desistir da denúncia por medo, ou por estar sendo ameaçada ou coagida.

Inclusive, é importante ressaltar que por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. Uma vez que, para efeito de incidência da lei, mulher trans é uma mulher também, o colegiado deu provimento a recurso do Ministério Público de São Paulo e determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas por uma transexual, nos termos do artigo 22 da Lei 11.340/2006,



após ela sofrer agressões do seu pai na residência da família. Esse com certeza é um avanço muito grande no poder judiciário.

As mulheres transexuais começam a serem agredidas dentro de seus próprios lares, principalmente quando começam sua transição, são vulneráveis e não estão seguras dentro de suas próprias casas e nas ruas, com a pandemia também pôde se notar isso, os dados da Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF) apontam ainda que os casos de homotransfobia passaram de sete registros em 2019 para 26 ocorrências em 2020, o que representa alta de 271%, as pessoas trans também sofreram intensamente os efeitos da crise sanitária, econômica e social da pandemia da covid-19 (PCDF, 2021).

Com dificuldade de acesso a auxílios governamentais e de obtenção de empregos em empresas, é um sofrimento imensurável para essas mulheres que além de enfrentarem tamanha violência ainda são vítimas de um preconceito e machismo irracionais, onde a sociedade é completamente cega e acreditam que as mesmas não merecem dignidade, é injusto, que pessoas sejam tratadas de forma tão brutal por serem diferentes das outras, o Brasil apenas responde por 38,2% dos homicídios contra pessoas trans no mundo, e apontou a necessidade de "desconstrução do cenário da heteronormatividade", para que permita que as mulheres trans sejam acolhidas e tenham o apoio necessário, o artigo 5º da Lei Maria da Penha, a Lei nº 11.340/2006 ressalta que refere-se à violência "baseada no gênero", e não no sexo biológico, ou seja, essas mulheres precisam de proteção (STJ, 2022).

Outras vítimas que acabam se tornando invisíveis quando se fala de violência contra a mulher são aquelas que têm alguma deficiência. Segundos dados apontados, no estado de São Paulo, houve queda de 51% nos registros de violência doméstica contra mulheres com deficiência: foram 467 boletins de ocorrência no ano passado e 708 em 2019, revelando mais um grande problema durante esse período (Amazônia Real, 2021).

A violência doméstica não afeta só as mulheres, os seus filhos, crianças e adolescentes também são afetados por essa crueldade, o impacto de presenciar esse tipo de situação é o que faz esses crimes não cessarem, ou seja, as crianças e adolescentes que presenciam essas agressões podem desenvolver sérios problemas psicológicos caso não sejam acompanhadas com urgência, podem vir a ter sintomas de depressão, comportamento suicida, problemas de relacionamento e até a reprodução daquela violência.

A reprodução da violência assistida só nos mostra com mais profundidade como essa é uma questão que deve ser pensada e trabalhada em toda sociedade, já que quando adultos vão acabar colocando em prática as agressões que assistiram e testemunharam quando eram apenas crianças, acreditando que aquilo é o correto a ser feito, pois daquela forma aprenderam sobre o que é um relacionamento, seja ele amoroso ou não.

Além do artigo no Código Penal que torna mais grave o crime cometido na frente de descendente ou ascendente da vítima, o Projeto de Lei do Senado 195/2014 altera a Lei Maria da Penha para obrigar a autoridade policial a colher as provas referentes à presença de criança ou adolescente, como testemunha ou vítima, nos casos de violência doméstica e, nesse caso, remeter os autos do inquérito policial ao juiz da infância e da juventude e ao Conselho Tutelar.

É importante que seja esclarecido que o último estágio da violência é o feminicídio que é o homicídio contra uma mulher porque ela é mulher, o crime em que estiver envolvida a violência familiar e doméstica; o menosprezo e a discriminação à condição de mulher. Isso porque 35% dos homicídios de mulheres no mundo são cometidos por seus parceiros, segundo a Organização Mundial da Saúde.

### **3 POR QUAL MOTIVO HOUE O CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE O ISOLAMENTO?**

Não há apenas um só motivo para que a violência doméstica tenha crescido de um modo tão brusco no isolamento, há vários fatores que infelizmente causam esse crescimento, um deles é a perda ou a diminuição da renda familiar seja em razão do desemprego, suspensão das atividades presenciais, sobrecarga das tarefas domésticas, principalmente o cuidado dos filhos fora da escola, o aumento do consumo de bebidas alcoólicas e entorpecentes, isolamento da vítima de seus amigos, familiares e colegas de trabalho, e outras situações que aumentam o tensionamento nas relações domésticas.

Pode-se ressaltar que o motivo econômico nem sempre acaba sendo decisivo. Os autores da citação abaixo concordam ser sim esta a condição favorável ao acontecimento.

O fenômeno da violência conjugal ocorre em todos os níveis sócioeconômicos, sobretudo naqueles de baixa renda, pelo fato de que as dificuldades financeiras, a miséria e as desestruturas familiares, favorecem o clima de instabilidade no humor, exacerbando os comportamentos agressivos nos indivíduos. (LYSTAD, 1975; Prado & Oliveira, 1982; Oliveira et al., 1984; Azevedo, 1985)

E, desse modo, por todos esses motivos, esse aumento não ocorreu único e exclusivamente no Brasil. A violência doméstica também cresceu substancialmente em outros países que foram negativamente afetados pela pandemia. Porém, no Brasil, a resolução de conflitos são resolvidos na grande maioria das vezes com extrema violência, em 2020 podemos observar que a taxa média de feminicídios por 100 mil mulheres foi de 1,18. Em 2019, a taxa foi de 1,19. Conforme a análise do monitoramento, 16 estados apresentaram taxas acima da média. Estes correspondem a 45% da população feminina

dos estados analisados (102 milhões) e foram responsáveis por 61% das mortes ou 735 feminicídios.

Os estados que apresentaram as maiores taxas são Mato Grosso 3,56 e Roraima 2,95 – ambos com o triplo da média dos 24 estados e do Distrito Federal). Na contramão, 11 estados apresentaram taxas abaixo da média: Ceará (0,57), Rio Grande do Norte (0,64) e São Paulo (0,74). Durante o corrente ano de 2020, menos de 3% do orçamento que seria usado para iniciativas para mulheres pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos foi, de fato, gasto, conforme levantamento de Gênero e Número. Isso se reflete na realidade das vidas das mulheres (LIMA, 2021).

O atraso no efetivo da polícia somada à pequena quantidade de assistentes sociais nesses municípios demonstram as falhas da rede de apoio à mulher em situação de vulnerabilidade, as deixam desamparadas, é um país onde se oprime as mulheres de uma forma desumana e, principalmente, o descaso e desinteresse priorização da agenda pelas autoridades em geral, todos esses fatores juntamente com o isolamento social, só poderia resultar em um cenário catastrófico onde mulheres estão desamparadas, cada vez mais distantes de seus direitos básicos. De acordo com Bobbio, a justiça é a responsável por fazer com que a igualdade seja humanamente almejada:

Pode-se repetir, como conclusão, que a liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto por partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência. (BOBBIO, 1996, p. 16).

A situação de violência doméstica mostra que, essencialmente, a discrepância de todos os valores citados acima, designando um cotidiano de desigualdade, dominação e injustiça que caracteriza nossa sociedade atualmente, sendo justamente o contrário de todos os princípios.

#### **4 COMO IDENTIFICAR SE ESTÁ SENDO VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?**

A violência é imperceptível no começo, dificilmente conseguimos ter certeza se ela realmente está ocorrendo, esse tipo de violência acontece entre pessoas que são íntimas, que mantêm um relacionamento, ou seja, são ligadas emocionalmente. Ainda que alguns relacionamentos sejam extremamente tóxicos desde o início, os abusos começam de maneira sutil, se manifesta aos poucos e vão piorando ao decorrer do tempo.

O ciclo da violência foi um termo criado em 1979 por Lenore Walker, psicóloga norte-americana, onde ela descreve em fases como é esse ciclo repetitivo para que melhor se possa identificar, começando pela primeira fase que onde começa a gerar uma certa tensão, com atritos onde o agressor fica tenso e visivelmente irritado por qualquer motivo ou sem motivos, tendo crises de raiva sem explicações, destruindo objetos da vítima ou humilhando a mesma.

Esses conflitos da relação tomam uma proporção de tensão muito grande e causam insegurança onde a mulher é responsabilizada pelo que acontece de desequilíbrio em sua relação, onde ela se sente culpada e ela fica sempre em alerta adotando medidas de não provocação, controlando-se com todos que estão próximos, justificando as agressões porque o agressor não está bem, quando está relação está assim os sentimentos causados nas vítimas são tristeza, desencadeia ansiedade, angústia, desilusão e o medo, principalmente.

A segunda fase é marcada pela explosão do transgressor, onde ele se descontrola e comete o ato violento, toda a tensão citada na fase anterior se concretiza em algum tipo de violência, podendo ela ser física, psicológica, moral ou patrimonial, onde a mulher não consegue reagir, isso traz o sentimento de ódio, o medo já se torna constante e a vergonha faz com que ela não peça ajuda, mesmo já tendo a consciência de que precisa.

Na terceira e última fase, que é chamada como “lua de mel”, é aquela caracterizada pelo suposto arrependimento do infrator, onde ele se torna uma pessoa amável para que ele consiga ter a reconciliação com a vítima, onde ele faz promessas de mudanças e consegue sustentar essa fase por um tempo, até ganhar a confiança de sua parceira novamente, a partir daqui a companheira já tem a dependência emocional e o abusador se aproveita fielmente disso, é quando voltamos para a primeira fase.

É importante estar constantemente alerta desde o primeiro sinal de abuso que pode vir a se tornar algo extremamente violento e se tornar um ciclo contínuo e vicioso, onde se tornar muito difícil sair ou terminar o relacionamento, podendo durar anos e desobedecer às ordens das fases, é preocupante pois é dessa forma que ocorre a grande maioria dos casos de feminicídio.

As mulheres vítimas têm suas vidas completamente mudadas de uma forma muito negativa, onde a insegurança é frequente, a vergonha e o constrangimento são sentimentos que a vítima carrega, e é justamente esses sentimentos que fazem a mulher não ir procurar ajuda imediata que necessita, a dependência seja ela emocional ou financeira ou ainda mesmo pelo amor aos próprios filhos, faz com que adiem essas

denúncias. Saber reconhecer todos esses sinais e essas várias formas de violência é relevante para que possam ir atrás de seus direitos, efetuar denúncias, poder ter sua dignidade de volta e viver em segurança.

Diante desse aumento e da dificuldade de pedirem essa ajuda, foi justamente pensando nisso que foi lançada a Campanha do Sinal Vermelho no ano passado (2020) pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), com o apoio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. De início essa iniciativa é para que a mulher consiga pedir ajuda em farmácias ou drogarias com um “X” vermelho na palma da mão, desenhado com batom ou qualquer outro material. Agora, essa medida se tornou Lei que foi sancionada pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, no dia 28/07/2021. Essa nova legislação trouxe também a mudança da modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra as mulheres por razões da qualidade do sexo feminino e criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

## **5 CONCLUSÃO**

Conforme os dados apresentados e das discussões realizadas, pode-se analisar com mais clareza, que, apesar das várias medidas já existentes para a proteção das mulheres, ainda assim, a situação é nitidamente pavorosa, principalmente pelo aumento desses casos de tamanha crueldade, agravou a condição de muitas mulheres que sofrem com toda violência, relações extremamente tóxicas e não conseguem sair desses relacionamentos, o isolamento social só mostrou como isso acontece com tanta frequência, o que na verdade é tão assustador, é a realidade de muitas mulheres.

Para que seja possível o enfrentamento contra essa conduta é distinguir que o real problema é muito mais complexo e precisa de diferentes atuações, principalmente em nossa sociedade, que são as principais pessoas que podem ajudar na solução. Para que esse ciclo de violência contra a mulher seja quebrado, precisa-se que além da divulgação de canais de denúncia, conhecimento de seus direitos, conhecimento que estão amparadas pela Lei.

O suporte e contato de familiares, amigos, colegas de trabalho ou pessoas próximas, as principais soluções a longo prazo são outras, uma delas seria investir na ampliação e divulgação de serviços de denúncia e fiscalização, pois somente toda a divulgação sem a fiscalização não há como funcionar essas denúncias, e, por conta disso, as vítimas não se sentem confortáveis e seguras, uma vez que, mesmo depois de efetuar a denúncia, ainda há muitos casos em que o feminicídio ainda ocorre.

A Integração de serviços essenciais também é algo que precisa ser incluído nessa solução, o que já está bem próximo da realidade como foi citado acima com mulheres pedindo socorro em drogarias e farmácias usando o "X" vermelho desenhado na palma de sua mão, mas que esse pedido de ajuda também possa ser feito em outros estabelecimentos e a sociedade possa dar devida atenção para um assunto tão sério e que possa ter empatia com essas vítimas de abuso. O fornecimento de abrigos para que as mulheres prejudicadas tenham um lugar para que possam ficar até que possam se estabilizar, a criação de abrigos para mulheres e seus filhos que sofrem violência em casa era a proposta de combate à violência contra a mulher mais importante que os governos poderiam fazer, onde também possam fornecer ajuda psicológica pois quando saem de um relacionamento conturbado onde sofrem todos os tipos de violência, estão em constante sofrimento psicológico, se sentem culpadas e sozinhas.

A empatia é o que revolucionará esta questão, muitas vezes algumas pessoas tem o poder de ajudar aquelas que estão necessitam de cuidados, mas não tomam algum tipo de atitude por receio ou por acreditar que não é um problema dela, quando deveria abraçar e cuidar da dor do seu semelhante. Conforme tudo que foi citado acima, o problema é de toda uma sociedade, desde as mulheres vítimas de violência, até as próprias crianças e adolescentes que presenciam esses fatores e mais tarde, quando mais velhos venham reproduzir essa violência também. Ao que tudo indica, a sociedade está caminhando para um modelo de intervenção do problema da violência doméstica que não se distancia da utilização do Direito penal, mas que exige a interferência de outros setores para a resolução do problema, precisa-se de mais investimento em políticas públicas que aprimorem as práticas de acolhimento.

Por fim, não há como fugir ou fechar os olhos para isso, os operadores do direito e aqueles que representam as pessoas de nossa sociedade deveriam estar mais empenhados em mudar a situação desse cenário, que as mulheres estão sendo assassinadas todos os dias é o um fato. Os responsáveis sejam pelas Leis do nosso país, pela fiscalização ou por políticas públicas tem a obrigação de lutarem por aqueles que mais necessitam de socorro, onde possam elaborar medidas que supram a necessidade de combate contra a violência doméstica e familiar. Essa maior vulnerabilidade das vítimas na pandemia acaba causando uma dependência muito maior, que os órgãos públicos possam enxergar isso com maior cautela porque a consequência dessa falta de responsabilidade é o maior causador de mortes e abusos.

A visão adotada para soluções dessa catástrofe frequente, com o número de mortes e abusos aumentando deve ser enxergada de uma forma mais ampla e moderna, com campanhas e propagandas não apenas contra as várias formas de violência mas que também possam realizar estímulo ao empoderamento econômico e ao empreendedorismo femininos, há mulheres que vivem em situações tão precárias que não acreditam que



podem conseguir sua independência financeira sozinha e o seu abusador faz com que ela acredite que não é capaz de ser uma mulher emponderada, que faz com que ela sinta medo de sua própria liberdade, precisa estimular cada vez mais essa independência feminina, onde ela possa ser a protagonista da sua própria vida e não apenas uma coadjuvante.

## REFERÊNCIAS

Amazônia Real. **Na pandemia, três mulheres foram vítimas de feminicídios por dia.** < [https://amazoniareal.com.br/na-pandemia-tres-mulheres-foram-vitimas-de-femicidios-por-dia/?gclid=EA1aIQobChMI8b2guKGo-QIVU8yzCh1zEAKfEAAyAAEgI3GfD\\_BwE](https://amazoniareal.com.br/na-pandemia-tres-mulheres-foram-vitimas-de-femicidios-por-dia/?gclid=EA1aIQobChMI8b2guKGo-QIVU8yzCh1zEAKfEAAyAAEgI3GfD_BwE)> Acesso em: 02 ago, 2022.

ARAUJO, Tiago. **Violência Doméstica no Brasil: desafios do isolamento. Politizei, 2020.** < <https://www.politize.com.br/violencia-domestica-no-brasil/>> Acesso em: 10 ago, 2022.

BIANQUINI, Heloisa. Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito. Consultor Jurídico, 2020. < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>> Acesso em: 10 ago, 2022.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade. São Paulo: Ediouro, 1996.**

CARLA. **Seis questões vitais de violência contra a mulher, 2016.** < [https://www.politize.com.br/violencia-contra-a-mulher-questoes-vitais/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAjwlqOXBhBqEiwA-hhitHpym32MQLcFfBTyr5dFxd\\_o8SpySF\\_Sk3amiiBrR7sQFT8pk8X\\_hoChoMQAvD\\_BwE](https://www.politize.com.br/violencia-contra-a-mulher-questoes-vitais/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAjwlqOXBhBqEiwA-hhitHpym32MQLcFfBTyr5dFxd_o8SpySF_Sk3amiiBrR7sQFT8pk8X_hoChoMQAvD_BwE)> Acesso em: 2 ago, 2022.

**CICLO da violência. IMP, 2018.** < <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html> > Acesso em: 10 ago, 2022.

### **DEFINIÇÃO de Violência contra a Mulher.**

< <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/definicao-de-violencia-contra-a-mulher>> Acesso em: 2 ago, 2022.

FONSECA, Júlia Albergaria Guedes. **Violência doméstica na pandemia: Dados Pandêmicos #1** < <https://www.politize.com.br/violencia-domestica-pandemia/>> Acesso em: 2 ago, 2022.

ISABELA. **Violência doméstica: como reconhecer os sinais? Ecycle, 2021.**  
<<https://www.ecycle.com.br/violencia-domestica/>> Acesso em: 10 ago, 2022.

LIMA, Everton. **Violência contra as mulheres no contexto da Covid-19, 2021.** <<https://portal.fiocruz.br/noticia/violencia-contra-mulheres-no-contexto-da-covid-19>> Acesso em: 2 ago, 2022.

MOYA, Isabela. **Machismo: você entende mesmo o que significa, 2019.**  
<<https://www.politize.com.br/o-que-e-machismo/>> Acesso em: 2 ago, 2022.

PAULO, Paula Paiva. **Uma em cada quatro mulheres foi vítima de algum tipo de violência na pandemia no Brasil, aponta pesquisa. G1 SP, 2021.**  
Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml>>. Acesso em: 10, ago, 2022.

REIF, Laura. **Violência patrimonial: o que é, como ocorre e como denunciar, 2019.** - <<https://azmina.com.br/reportagens/violencia-patrimonial-o-que-e-como-ocorre-e-como-denunciar/>> Acesso em: 2 ago, 2022.

**TIPOS de Violência doméstica e familiar, TJRS, 2021.** Disponível em  
<<https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/orientacoes/tipos-de-violencia-domestica-e-familiar/>> Acesso em: 10 ago, 2022.

VALENTE, Jonas. **Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021. Agência Brasil, 2022.** <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021>> Acesso em: 2 ago, 2022.

COSTA, Karina. **Pesquisa aponta que violência contra mulher aumentou na pandemia, Agência Brasil, 2021.**  
<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2021-11/pesquisa-aponta-que-violencia-contra-mulher-aumentou-na-pandemia>> Acesso em: 2, ago, 2022.

## **CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA PESQUISA BIBLIOGRÁFICA SOBRE AS PROBLEMÁTICAS ENFRENTADAS DIANTE DOS CRIMES VIRTUAIS**

**PATRÍCIA GOMES ROCHA:**

Advogada, graduada pela Universidade Cândido Mendes, Pós-Graduada em Direito Público e Privado *Lato Sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** O presente artigo analisa e discute a respeito dos crimes virtuais, abordando a contextualização, conceitualização e a atual legislação dos chamados cybercrimes e destaca as problemáticas enfrentadas pela polícia e o pelo judiciário no que tange a investigação e a punição dos criminosos, tentando esclarecer a sensação de impunidade que os cidadãos sentem com a crescente onda dos crimes virtuais em todo o Brasil. Pretende-se encontrar uma solução a partir de uma análise legislativa, doutrinária para que se possa preencher as lacunas e planejar novos métodos para prevenção e punição com o intuito de coibir a prática desses atos ilícitos, procurando sempre resguardar os princípios constitucionais e a legislação penal e processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cybercrimes. Internet. Crimes Virtuais. Impunidade.

**ABSTRACT:** This article analyzes and discusses about virtual crimes, addressing the contextualization, conceptualization and current legislation of the so-called cybercrimes and highlights the problems faced by the police and the judiciary regarding the investigation and punishment of criminals, trying to clarify the feeling of impunity that citizens feel with the growing wave of cyber crimes across Brazil. It is intended to find a solution from a legislative, doctrinal analysis so that we can fill the gaps and plan new methods for prevention and punishment in order to curb the practice of these illicit acts, always seeking to protect the constitutional principles and criminal legislation. and criminal procedure.

**KEYWORDS:** Cybercrimes. Internet. Virtual Crimes. Impunity.

### **INTRODUÇÃO**

Porque o judiciário brasileiro possui tanta dificuldade em enfrentar os chamados crimes cibernéticos? A presente pesquisa se mostra importante para que se possa visualizar quais são os pontos falhos do sistema penal e processual penal no que tange a esses delitos e assim, se possa procurar as soluções para a melhoria do sistema punitivo estatal.

É de conhecimento geral que o mundo tecnológico vem se desenvolvendo em grande velocidade ao longo dos séculos. Os objetos que antes se utilizava, hoje, vêm sendo substituídos por novos, com tecnologias cada vez mais avançadas, como celulares, *tablets* e, por consequência desses avanços, novos crimes vêm surgindo nesse ambiente virtual, fazendo da sociedade uma crescente vítima dos chamados cibercrimes.

Devido ao gradativo crescimento destes tipos de delitos, a presente pesquisa científica tem por objetivo abordar o tema dos crimes praticados pela internet através do anonimato e a sua falsa sensação de impunidade. Para tanto faz-se necessária a difícil conceituação dos chamados crimes cibernéticos, a definição de sua autoria, bem como a legislação até então existente.

Assim, abordam-se, através de uma pesquisa bibliográfica e teórica, a doutrina, a jurisprudência e as notícias veiculadas acerca do tema, que demonstrem a realística problemática nos dias atuais no que tange aos crimes cibernéticos.

Essa é a proposta o presente trabalho, estimular a reflexão sobre a velocidade da evolução tecnológica, estudando a peculiaridades dessas condutas perpetradas no espaço virtual, bem como o que pode ser feito, sobre o ponto de vista legal, para proteger os bens ameaçados e se chegar aos verdadeiros autores dos delitos.

## **1.DO CIBERCRIME: CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO**

Com a facilidade do acesso à internet que a sociedade possui atualmente, tornou-se contumaz os usuários da rede terem as suas rotinas tornadas públicas por meio de postagens de conteúdos, fotos ou mesmo de sua localização. Conforme preconiza Kaminski (2003), a internet abre a oportunidade para que as pessoas mostrem seus pensamentos sobre os mais variados assuntos, podendo tais informações alcançarem rapidamente um grande público, sem praticamente nenhum esforço para tanto.

O celular é um grande exemplo de que, embora tenha trazido inúmeros benefícios ao cotidiano, também tornou possível que a vida privada dos usuários seja compartilhada para qualquer pessoa ver, uma vez que nestes aparelhos são armazenadas uma considerável quantidade de dados e informações de caráter pessoal dos seus proprietários. Como tais aparelhos normalmente se encontram a todo momento conectados à internet, tais dados podem facilmente se tornar alvo de acesso indesejado, tornando-se dificultosa a tutela dessas informações. (SCHEREIBER, 2014).

FERREIRA (2005 p. 261) conceitua o chamado *Cybercrime*, Crimes Virtuais como:

Atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador. Atos cometidos por intermédio de um

sistema de informática e dentro deles incluídos infrações contra o patrimônio; as infrações contra a liberdade individual e as infrações contra a propriedade imaterial.

Já CASSANTINI (2016 p. 51) utiliza a definição:

Crimes virtuais são delitos praticados através da internet que podem ser enquadrados no Código Penal Brasileiro resultando em punições como pagamento de indenização ou prisão.

Dessa forma, sendo a definição a respeito da criminalidade informática bastante abrangente, parte da doutrina acaba conceituando os crimes virtuais como um recente fenômeno corresponde a elevada incidência de atos ilícitos, que têm por objetivo lesar ou obter algum tipo de vantagem indevida de outrem. (CARDOSO, 2017)

Nesse passo, vale destacar a costumeira confusão no que tange as nomenclaturas *cracker* e *hacker*, atribuídas aos criminosos virtuais. Os *crackers* são conceituados como pessoas que possuem um amplo conhecimento de informática, e se utilizam desta condição para cometerem delitos, adquirem informações privadas ou causarem danos a terceiros, conforme destaca ROSA (2006, p. 61):

O mesmo que hacker, com a diferença de utilizar o seu conhecimento para o "mal". Destruir e roubar são suas palavras de ordem. Assim, o cracker, usa os seus conhecimentos para ganhar algo; roubar informações sigilosas para fins próprios e destrói sistemas para se exibir.

Por outro lado, os *hackers* apesar de também possuírem um vasto conhecimento informático, não se utilizam destes para causar dano a outrem, visto que, em diversas situações eles são contratados por empresas para identificarem possíveis falhas que possam comprometer a empresa, e verificarem a eficácia dos sistemas de segurança, conforme define NOGUEIRA (2008 p. 52):

Este indivíduo em geral denomina a informática e é muito inteligente, adora invadir sites, mas na maioria das vezes não com a finalidade de cometer crimes, costumam desafiar entre si, para ver quem consegue invadir tal sistema ou página de internet, isto apenas para mostrar como estamos vulneráveis no mundo virtual.

Desta forma, havendo uma grande expansão dos meios eletrônicos e com evolução do uso da internet, é cada mais frequente a prática de ilícitos com a finalidade de

causar danos aos bens jurídicos de outrem. Para tanto, os agentes se valem de todos os recursos e meios possíveis que a *web* proporciona para cometerem este tipo de delitos.

Dentre os delitos que se enquadra como cibernéticos podemos destacar aqueles que versam sobre a honra, como: a calúnia, a injúria, a difamação, insultos, divulgação de material confidencial, pedofilia, ato obsceno, apologia ao crime, preconceito ou discriminação. Já em relação aos crimes patrimoniais pode-se citar aqueles que atingem a propriedade industrial, intelectual, o plágio, o furto, a extorsão, a apropriação indébita, o estelionato, a pirataria e a comercialização ilegal de produtos, além da comercialização de armas e o tráfico de drogas, dentre outros.

Nesta esteira de mudanças na sociedade, o Direito Penal não poderia ficar estático no tempo, principalmente diante da presente criminalidade que se amoldou rapidamente à evolução tecnológica, devendo ser fiel ao retrato da ética social.

Resta, contudo, avaliar se a dogmática penal e processual penal atuais, assim como as formas de investigação, se prestam a proteger de forma suficiente os bens da vida mais relevantes e se conduzem a mecanismos eficientes de proteção e repressão dessas novas formas de criminalidade.

É evidente, portanto, que perante os riscos e contradições da era pós-industrial a delinquência informática passou a ser um fenômeno social que precisa ser controlado. Nesse prisma, necessário se faz a análise da atual legislação no que tange especificamente aos crimes cibernéticos.

## **2.LEIS ESPECÍFICAS A RESPEITO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

Devido ao princípio da legalidade ou da anterioridade da lei penal, a insuficiência ou a ausência de normal penal para tipificar os crimes informáticos limita o poder punitivo do Estado, o que por consequência gera a sensação de insegurança e impunidade, chamando cada vez mais atenção para a necessidade de controle e prevenção de tais condutas delituosas.

Embora nos últimos anos o Congresso Nacional tenha editado importantes leis que tratam dos chamados *cybercrimes*, o ordenamento jurídico brasileiro ainda se surpreende com situações para as quais não há precedentes, havendo diversas lacunas que ainda não foram sanadas pelo legislador.

Levando em conta a realidade brasileira em que a criminalidade pelo meio virtual cresce na mesma proporção que novas tecnologias digitais vem surgindo, a ausência de uma legislação penal específica para tratar de tais condutas ilícitas constitui um elemento estimulador para a prática dos ilícitos, conduzindo, assim, a sensação de descontrole e de impunidade.



Diante da inexistência de lei penal incriminadora de condutas ilícitas relativas aos crimes puramente informáticos, o poder punitivo estatal fica impossibilitado de agir, por contrariar o da reserva legal previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal. Tal princípio, traz ínsito a limitação e a taxatividade, em outras palavras, as leis que tipificam condutas como crime devem ser claras e precisar quanto à delimitação da conduta que pretende incriminar, não sendo permitidas leis vagas ou imprecisas, os chamados tipos penais abertos (DELMANTO, 2002).

Da mesma forma, representa decorrência do princípio da legalidade a vedação da aplicação da analogia jurídica, ou a analogia *in malam partem*, ou seja, nas hipóteses em que prejudica o réu. Nesse sentido, Mirabete (2005, p.115) afirma que a “tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural concreto e a descrição contida na lei”. Assim, é requisito de validade a tipicidade penal, e somente esta autoriza punir os crimes informáticos.

Como já mencionado, no Brasil, as questões ligadas à repressão do *cybercrime* vêm sendo alvo de discussões, um tanto atrasadas em relação a outros países. De qualquer modo, o tema tornou-se objeto de estudos de muitos grupos interessados e do Poder Legislativo, que, recentemente, editou duas leis e ainda conta alguns projetos em tramitação que têm como objeto a criminalização de condutas ilícitas no âmbito do ciberespaço e em sistema de computadores.

Gradativamente foram, introduzidas no Código Penal Brasileiro e em leis esparsas dispositivos que criminalizam algumas práticas ilícitas através de tecnologias informáticas e internet. Conforme destaca CRESPO (2011, p. 63) as seguintes disposições:

- a) Art. 153, §1º-A – Divulgação de segredo – que incrimina a conduta de quem divulga informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informação ou banco de dados da Administração Pública; (BRASIL, 1940, Art.153.§1-A)
- b) Art. 313-A – Inserção de dados falsos em sistema de informação – que incrimina a inserção ou facilitação da inserção de dados falsos ou modificação de dados verdadeiros em sistemas de informação da Administração Pública, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem, ou para causar dano; (BRASIL, 1940, Art.313-A)
- c) Art. 313-B – Modificação não autorizada de sistema de informação – que tipifica a conduta do funcionário que altera sistema

de informação ou programa de informática sem autorização; (BRASIL, 1940, Art.313-B)

d) Art. 325, I – Violação de sigilo profissional – que prevê o ilícito de facilitar ou permitir o empréstimo ou uso de senha para acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informação da Administração Pública; (BRASIL, 1940, Art.325.I)

e) Lei 8069/90, arts. 241 a 241-E – que incriminam condutas como as de armazenar fotos com pornografia infantil, garantir o acesso a tais fotos, trocar, possuir, armazenar, adquirir, fotos igualmente pornográfico-infantis, entre outras condutas. (BRASIL, 1990, Art.241)

f) Lei 8137/90, art. 2º, V – que proíbe utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública; (BRASIL, 1990, Art.2.V)

g) Lei 9296/96, art. 10 – Interceptação não autorizada – que tipifica realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. (BRASIL, 1996, Art. 10)

h) Lei 9504/97, art. 72 – que incrimina o acesso não autorizado a sistemas da justiça eleitoral bem como a criação e inserção de vírus computacional nos sistemas de apuração e contagem de votos, ambos com o intuito de alterar o resultado do pleito. (BRASIL, 1997, Art. 72)

Ainda se pode mencionar as alterações no Código Penal Brasileiro ocasionadas pela inserção de novas infrações cibernéticas através da Lei 12.737/2012, apelidada de “lei Carolina Dieckmann”. Contudo, cabe esclarecer que a mencionada lei não abrangeu toda a gama de condutas delituosas existentes no mundo digital.

Além desta também se pode destacar as alterações no ECA (Lei 8.069/90), a Lei de Software (Lei antipirataria nº 9.609/98), a Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) e a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), compondo o conjunto das normas mais relevantes aplicáveis aos *cybercrimes*.

A legislação brasileira ainda conta a Lei 12.965, denominada de Marco Civil da Internet, em vigor desde 2014, que prevê princípios, garantias, direitos e deveres para o

uso da internet no Brasil, e que apesar de estabelecer sanções para alguma de suas normas, não prevê qualquer tipo de infração cibernética.

Sob este viés, pode-se dizer que há no Brasil uma carência de legislação pertinente, uma vez que o conjunto de normas brasileiras não acompanha as necessidades sociais, levando a sensação de insegurança nos meios virtuais.

A Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), é outra norma que prevê alguns crimes cibernético, porém, relaciona-se apenas aos crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. A Lei de Software dispõe sobre a propriedade intelectual de programas de computador, mas também não prevê a prática de condutas delituosas online.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de dispor de rol de crimes em espécies, praticados através da internet contra a segurança, bem-estar e integridade física e moral da criança e do adolescente, também dispõe acerca dos procedimentos investigativos a serem realizados por agentes da polícia na internet, sendo um grande avanço na legislação.

### **3.AS PROBLEMÁTICAS ENFRENTADAS DIANTE DOS CRIMES VIRTUAIS**

Devido aos crimes virtuais possuírem uma vasta amplitude, tanto no que tange ao seu conceito, como no que tange nas diversas áreas do direito material que pode atingir, em sendo ainda, um fenômeno relativamente novo para o judiciário, em que ainda não se possui legislação própria e concisa, diversas problemáticas são enfrentadas para a punição dos ilícitos virtuais.

Além da falta de legislação que se enquadre na prática de ilícitos virtuais, também se presencia problemática na falta de tecnologia e mão de obra especializada para o combate dos *cybercrimes*. No Brasil, desde que passou a ser utilizadas as mais diversas tecnologias, não houve preparos e investimentos para combater os ilícitos que já vinham sendo praticados através da internet, o que facilitou a prática de tais condutas, que vêm crescendo de forma assustadora nos últimos tempos.

Conforme afirmou Carlos Eduardo Sobral, chefe da unidade de Repressão a Crimes Cibernéticos da Polícia Federal, o volume dos crimes que ocorrem no país hoje, supera o número de capacitados para realizar de forma rápida as investigações. (apud. Canuto, Luiz Cláudio, 2015)

Outro significativo problema enfrentado no que tange investigações diz respeito ao nosso ordenamento jurídico em que a sanção penal somente pode ser aplicada

quando houver certeza da autoria e materialidade do crime, ou seja, de sua prática por determinado infrator ou ao menos a existência de fortes indícios de sua prática.

Nesse passo, caso consiga ser comprovada a materialidade e a autoria do delito, o juiz deverá absolver o réu, conforme aduz o artigo 386 do nosso Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - Estar provada a inexistência do fato; II - Não haver prova da existência do fato; III - Não constituir o fato infração penal; IV - Estar provado que o réu não concorreu para a infração (...) V - Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

(BRASIL, 1941, Art.386)

Deve ainda ser frisado que, além da comprovação da materialidade e da autoria, esta deve ser tida de forma lícita, em outras palavras, em conformidade com a lei, o que dificulta as investigações.

A polícia ao realizar as investigações criminais identifica primeiramente a forma como o delito ocorreu, o seu local, secundamente busca localizar o endereço do IP (número que identifica o dispositivo na rede). Após a identificação do IP, se entra em contato com a empresa que disponibiliza o número na rede para poder identificar o infrator. Neste momento, a polícia se depara com a primeira dificuldade, a proteção da privacidade e dados constante no artigo 5, inciso X e inciso XXII da Constituição Federal, o que na grande maioria das vezes acarreta uma demora vital para conseguir as provas necessárias. Referida demora é ocasionada pela necessidade de autorização do juiz para realizar as investigações e comunicações com as empresas responsáveis por armazenar as informações sobre o criminoso. (CRUZ, RODRIGUES, 2018)

Além do tramite demorado para ter acesso às informações do suspeito, as empresas que detêm tais informações ainda dificultam as investigações, uma vez que comumente se recusam a prestar auxílio a polícia e ao judiciário.

Outra problemática enfrentada, envolve a extensa amplitude dos *cybercrimes*, uma vez que estas condutas podem atingir diversos níveis sociais e econômicos, e ainda, pode envolver autor e vítima de jurisdições diferentes ou até mesmo de países distintos (GOMES, 2003), gerando dúvidas acerca de qual local seria o juízo competente e a legislação aplicável no caso.

Conforme CARDOZO (2017, s/p):

[...] ciberespaço é o território onde acontecem os crimes por meio do uso da rede de internet, é o lugar onde se realizam as condutas criminosas que dão vida aos crimes cibernéticos, onde estes são capazes de ultrapassar os limites territoriais de um país até chegar em outro, ou ainda atingir localidades dentro de um mesmo Estado, isso porque o meio virtual proporciona essa amplitude da criminalidade.

No que diz respeito a jurisdição aplicável, PINHEIRO (2006, s/p) aduz que:

[...] temos a problemática da jurisdição do ciberespaço, como aplicar e quem de aplicar a lei. Como vimos no capítulo I, enfrentamos na Internet um problema geográfico de desterritorialização, pois no ciberespaço não há fronteiras físicas, e, por isso, o conceito clássico de soberania do Estado acaba relativizado, assim como é o do tempo. Isto porque a integração mundial dos computadores é aproveitada por criminosos, munidos das tecnologias mais modernas, e isso tudo cria um espaço no qual as prescrições jurídicas nacionais são insuficientes, pois apenas a cooperação global na Internet pode trazer resultados positivos eficientes e duradouros. Problemas globais exigem soluções globais. Providências tomadas por países em âmbito nacional, ou por diferentes nações em âmbito global, devem ser harmonizadas entre si, já que as infovias são internacionais. Somente o trabalho conjunto em nível internacional e interdisciplinar (ou transdisciplinar) será eficiente para o ciberespaço. Não é uma tarefa exclusiva do Direito, tão menos podemos esperar, como foi no início da Internet, por uma auto-regulamentação.

Segundo o princípio da territorialidade expresso no artigo 5 do Código Penal (1940, s/p) "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratador e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional". Nesse sentido, Capez (2017, p. 291) leciona que "[...] a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a editou". Dessa forma, deve-se verificar onde foi cometido o delito para saber se a legislação brasileira é aplicável ao caso.

No que tange a definição de lugar do crime, esta é estabelecida pelo artigo 6 do Código Penal (1940, s/p), o qual adotou a teoria da ubiquidade, na qual "[...] aduz que o lugar do crime será o da ação ou da omissão, bem como onde se produziu ou deveria produzir o resultado" (GRECO, 2012, p.22).

Já no que diz respeito à competência, apesar do artigo 70 do Código de Processo Penal (1942, s/p) descrever que a regra para a determinação da competência é feita em razão do lugar onde a conduta criminosa se consumou, ou se tratando de tentativa, do lugar em que foi praticado o último ato de execução, a sua aplicação não é tão simples quando envolve crimes virtuais, uma que o dispositivo somente se aplica nos casos em que a conduta e o resultado ocorreram em locais distintos dentro do território nacional (CAPEZ, 2017).

TOURINHO FILHO (2017, p. 92) explica que:

[...] Nem se pode, nem se deve invocar a regra do artigo 6º do CO, segundo a qual “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”, porquanto essa norma diz respeito, apenas e tão somente, às hipóteses em que se deve aplicar a lei brasileira, tendo em vista o ordenamento jurídico de outros Estados soberanos [...] para que seja determinada a competência em razão do lugar em consonância com o previsto pela lei processual penal brasileira no tocante aos crimes cibernéticos, é necessário saber antes de qualquer coisa saber se o lugar onde se deu o resultado ou teve o último ato de execução do crime (tentativa) faz parte da composição do território nacional brasileiro.

Capez (2011) entende que sobre o crime a distância, ou seja, nos casos em que o crime se dá em um país e o resultado em outro, aplica-se a teoria da ubiquidade, e os no caso, os dois países seriam competentes para julgar o delito.

Apesar disso, ainda não existe uma definição concreta acerca da execução do crime no ambiente virtual. Por se tratar de um ambiente relativamente novo, o *cybercrime* ainda não possui conceituações claras, o que leva a uma insegurança jurídica e a uma sensação de impunidade do criminoso.

Nesse sentido critica o DESEMBARGADOR FERNANDO NETO BOTELHO (2011, s/p):

Essa engenharia do mal, que monopoliza o conhecimento (da computação sofisticada e dos protocolos de redes), cresce à sombra da impunidade gerada pela insuficiência regulamentar de desatualizados instrumentos legais do país, como o Código Penal de 2010. Para cuidar da nova realidade, só lei atualizada. A tecnologia, sozinha, não dará conta. Só a lei garante oportunidade de defesa e prova justa, próprias das Democracias amadurecidas.



Dessa forma, conclui-se que é questionável a possibilidade de aplicar aos crimes virtuais o disposto para os crimes a distância, e ainda, qual seria o tratamento legal que estes devem receber, uma vez que ainda é escassa a legislação brasileira existente acerca de tais delitos.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou demonstrar que a internet, embora tenha trazido benefícios para todos, também trouxe grandes prejuízos como a criminalidade virtual. Diante desse cenário, em que há uma curva crescente de crimes virtuais, a legislação penal e processual penal deve acompanhar a evolução tecnológica dos últimos tempos, com novos estudos e buscando a solução das diversas problemáticas enfrentadas pelo judiciário para solucionar e punir tais delitos virtuais.

A despeito de a legislação já trazer algumas regulamentações sobre os chamados *cybercrimes* através de algumas leis, estas não estão sendo eficazes, posto que ainda nos deparamos com o surgimento de novos crimes, casos em que a conduta delituosa não se enquadra na legislação existente até então. Para se evitar tal ocorrência, a legislação deve ser criada de forma antecipada à conduta delituosa e deve haver conscientização da população acerca das condutas ilícitas.

A falta de legislação ocasiona uma proteção deficiente para os usuários virtuais, o que leva o Código Penal a punir condutas relativas. A legislação não está avançando conforme a evolução tecnológica, tendo em vista que ainda existem condutas no âmbito virtual carentes de regulamentação.

Nesse sentido, pode-se concluir que o que vem causando a sensação de impunidade no que tange aos *cybercrimes* é, além da falta de legislação, a dificuldade da polícia de investigar, uma vez que falta equipamentos, mão de obra especializada para este tipo de delito, bem como um contato mais direto com o judiciário para mais agilidade na concessão de autorizações investigatórias.

Nesta era global que leva à constante falta de segurança que a rede possui para os usuários, o crime cibernético, que se tornou um problema, frisa-se, não só do Brasil, mas do mundo todo, deve ser visto como uma das lacunas da lei que merece prioridade por parte dos legisladores e dos operadores do direito, uma vez que a sua crescente ocorrência tem levado a sensação de impunidade dos infratores, deixando as vítimas sem amparo judicial.

Para tanto os legisladores devem se debruçar sobre os constantes casos ocorridos e criar novas leis que tipificam ou impõem novos procedimentos para o combate

de tais delitos virtuais. Deve haver mais investimentos no que tange ao preparo tanto da população como de profissionais especializados para que se possa prevenir determinada condutas, bem como para que se possa gerar novos meios de investigação e assim levar a punição do criminoso.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 03 de mar. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Sairava, 2017.

CARDOSO, Lucas de Holanda M. **O Direito na Era Digital: O cibercrime no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/extrafema/buscarTccCurso.jsp?id=2461>. Acesso em 04 de Março de 2022.

CARDOZO, Alexandro Giances. **Competência nos crimes cibernéticos** Disponível em: <https://agianes.jusbrasil.com.br/artigos/514359859/competencia-nos-crimesciberneticos>. Acesso em: 05 março 2022.

CASSANTINI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **O cibercrime**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Diego; RODRIGUES, Juliana: **crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade**. Disponível em: [http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/iegWxiOtVJB1t5C\\_2019-2-28-16-36-0.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/iegWxiOtVJB1t5C_2019-2-28-16-36-0.pdf). Acesso em 05 de Março de 2022.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6 ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA, Ivette Senise. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GOMES, Flávio Luiz. **Crimes informáticos**. Disponível em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em 05 mar. 2022.

GREGO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

KAMINSKI, Omar. **Internet Legal: O direito na tecnologia da informação**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de Informática**. São Paulo. BH Editora, 2008.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal**. Porto Alegre: PUCRS, 2006. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_1/emeline.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2022.

ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2006.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VOINAROVSKI, Izabel Marthiela Lovo; MAGALHÃES, Thyago Alexander de Paiva. **O Tratamento do cybercrime no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/revista/direito/5db849cac6ef4.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. 2022.

## O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL APLICADO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM EXECUÇÕES FISCAIS

**VERÔNICA MARCONDES:** Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada.

JULCIRA MARIA DE M. VIANNA LISBOA<sup>113</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar como o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000, acerca do cabimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em execuções fiscais, contribui para a efetivação do princípio da busca da verdade material e, conseqüentemente, dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Começaremos pelo conceito de verdade, do princípio da busca da verdade material e sua aplicabilidade em processo judicial tributário. Seguiremos ao estudo da natureza jurídica do IDPJ, do redirecionamento fiscal, da cognição judicial realizada nos dois institutos e dos motivos que levaram o TRF3 a entender pelo cabimento do IDPJ às execuções fiscais. Finalizaremos analisando os benefícios que o referido incidente proporciona, tornando o feito executivo mais justo e em consonância com as garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Verdade material. Execução fiscal. Desconsideração da personalidade jurídica. Redirecionamento fiscal. Cognição judicial. Garantias fundamentais.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze how the understanding signed by the Federal Regional Court of the 3rd Region, in the records of the Incident of Repetitive Demands Resolution nº 0017610-97.2016.4.03.0000, about the relevance of the Incidente of Disregarding Legal Entity in fiscal executions, contributes to the realization of search for material truth principle and, consequently, of due process of law, full defense and contradictory constitutional principles. We will start with the concept of truth, of the search for material truth principle and its applicability in tax court proceedings. We will proceed to the study of IDPJ's legal nature, tax redirection, the judicial cognition carried out in the

---

113 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Diretora-Adjunta do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

two institutes and the reasons that led the TRF3 to understand for the IDPJ's suitability for tax executions. We will end by analyzing the benefits that the aforementioned incident provides, making the executive act fairer and in line with the fundamental guarantees.

**Key-words:** Material truth. Tax executions. Disregarding legal entity. Tax redirection. Judicial cognition. Fundamental guarantees.

## INTRODUÇÃO

No dia 10 de fevereiro de 2021, foi concluído, perante o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000.

Ali, restou-se firmado o entendimento da indispensabilidade da instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica - IDPJ em execuções fiscais, nas hipóteses em que a Fazenda Pública requer responsabilização pessoal tributária com fundamento no art. 135 e incisos, do Código Tributário Nacional<sup>114</sup>, e também responsabilização solidária quando houver interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

É sabido que a União Federal interpôs recurso especial, sustentando a incompatibilidade do IDPJ com as execuções fiscais e a configuração, do art. 135 do CTN, como hipótese de redirecionamento fiscal. Interpôs, também, agravo em recurso extraordinário, por entender que a inclusão de terceiro no polo passivo da execução fiscal não implica em violação, apenas diferimento do princípio do contraditório e ampla defesa.

Não obstante, não se pode negar que o entendimento firmado pelo TRF3 implica em importante e significativo avanço na maneira como deve ser tratada a cognição judicial em execuções fiscais, bem como a satisfação do crédito tributário pelo verdadeiro agente que praticou o fato gerador das exações.

Isso se dá em razão da instauração do IDPJ em sede de execução fiscal impedir que seja onerada a esfera patrimonial de terceiro que não compõe a regra-matriz de incidência tributária, em especial na hipótese prevista no inc. III do art. 135, consistente em

---

<sup>114</sup> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

atos praticados por diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado com excesso de poderes ou infração de lei, contratos sociais ou estatutos.

Da análise dos próprios argumentos da União Federal em sua petição inicial no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, a cognição judicial realizada pelos magistrados quanto ao pedido de redirecionamento em feito executivo fiscal se revela muito mais sumária – até mesmo rarefeita<sup>115</sup> – do que aquelas realizadas em demandas que exigem primeiro uma declaração judicial e constituição de um título executivo.

Tanto é assim que a União Federal alega que o redirecionamento é um pedido muito mais simples em comparação com o IDPJ, constituindo-se uma medida rotineira, impossibilitando a prática de atos de dilapidação patrimonial dos devedores.

É justamente o que se vê na prática forense: o deferimento dos pedidos de responsabilização tributária de sócios e gerentes de pessoas jurídicas, fundado no art. 135, inc. III, do CTN, tendo o magistrado se utilizado tão somente das provas por ela produzidas para declarar a responsabilidade tributária, de modo a replicar, na fundamentação de sua decisão, os motivos expostos pela exequente.

Deste modo, vê-se que o reconhecimento da necessidade de instauração do IDPJ em execuções fiscais implica numa nova perspectiva a ser empregada pelos magistrados na apuração de responsabilidade tributária pessoal dos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas, a qual exige uma cognição mais profunda e exauriente, ao invés de deferir os pedidos de redirecionamento tão somente tendo como base os argumentos expostos pela Fazenda Nacional.

Conquanto seja sabido que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, e que o art. 374, inc. IV, do Novo Código de Processo Civil, estabelece não depender de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade, fato é que o pedido de redirecionamento formulado pela Fazenda Nacional em execuções fiscais não consiste em ato administrativo.

Consiste, na verdade, em um ato processual que deve respeitar os princípios constitucionais processuais (como publicidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa) para que possa produzir os efeitos que dele se espera.

Logo, não se pode presumir legitimidade e veracidade de um pedido de redirecionamento formulado pela Fazenda Nacional para declarar a responsabilidade pessoal de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica, quando temos, na

---

<sup>115</sup> WATANABE (2012, p. 46) assim leciona: “Sob o critério da cognição, mais coerente seria a classificação, numa primeira e mais ampla sistematização, em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita ou quase inócua”.



verdade, a atuação de um advogado desprovido de imparcialidade. Em virtude das graves consequências decorrentes, imperiosa é a instauração do contraditório e ampla defesa antes da formação da convicção do julgador.

Desta forma, a realização de uma cognição mais profunda e exauriente para a declaração de responsabilidade pessoal, com fundamento no art. 135, inc. III, do CTN, contribui para a efetivação do princípio da busca da verdade material nos processos judiciais tributários, princípio este que era comumente associado, unicamente, aos processos administrativos.

Ainda, revela-se importante ressaltar os benefícios processuais que a aplicação do referido princípio em demandas judiciais tributárias proporciona aos cidadãos e à realização da justiça como um valor social, por ser muito comum a confusão entre o interesse público primário, aquele que busca a satisfação dos interesses da nação (como saúde, educação e produção de emprego), e o interesse público secundário, consistente na mera arrecadação aos cofres públicos.

## **1. DO CONCEITO DE VERDADE**

Antes de analisar os benefícios processuais que a instauração do IDPJ proporciona nas execuções fiscais, de modo a efetivar o princípio da busca da verdade material em processos judiciais tributários, importante é estabelecer determinadas considerações sobre o que se entende por verdade.

Inicialmente, parte-se do pressuposto de que o processo judicial não se presta apenas para a produção de uma decisão jurídica, mas sim uma decisão jurídica justa, em consonância com os princípios constitucionais processuais e, em virtude disso, baseada na verdade dos fatos.

Isso porque, conquanto a Constituição Federal estabeleça princípios que norteiam a atividade jurisdicional do Estado, como, por exemplo, os princípios do livre acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa e vedação às provas ilícitas, constata-se, no preâmbulo, que a justiça foi elevada como um valor supremo do nosso Estado Democrático.

Desta forma, revela-se contraditório, em um Estado Democrático, que possui a justiça como valor supremo, admitir-se a existência de mentiras nas relações entre aqueles que estão no poder - por exemplo, os magistrados - e os cidadãos (TARUFFO, 2018, p. 801). Logo, a definição do que se entende por verdade ganha relevo, pois a atividade jurisdicional deverá nortear-se pelo valor da justiça alçado pela Constituição Federal, respeitando as garantias e direitos fundamentais de cada indivíduo.

TOMÉ (2011, ps. 12-16) traz diversas concepções sobre a definição de verdade: a verdade pragmática, para aquela cujo enunciado somente é verdadeiro se possuir efeitos práticos; a verdade por consenso, segundo a qual se considera verdade o enunciado que possuir maior credibilidade dentro de uma cultura; a verdade por coerência, que implica ausência de enunciados contraditórios e presença de enunciados que possuam conexão entre si; fenomenalismo, pelo qual inexistiria uma verdade absoluta, pois dependerá dos sentidos de cada ser humano; e a verdade por correspondência, que exige a adequação, a identidade de determinada sentença com a realidade por ela referida.

A crítica feita pela referida autora à verdade pragmática consiste na confusão entre os conceitos de verdade e utilidade, sendo tal posicionamento carente de cientificidade. À verdade por consenso, consiste na sua relatividade, já que opiniões dominantes podem ser alteradas com o passar do tempo. Quanto à verdade por correspondência e fenomenalismo, realiza a mesma crítica: a de que os fenômenos, as coisas, apenas podem ser cognoscíveis ao ser humano na medida em que são convertidas em linguagem competente.

TOMÉ (2011, p. 22) adota a posição de que a verdade se dá pela relação entre as próprias palavras, motivo pelo qual ela não é descoberta, mas sim criada pelo ser humano, revelando-se plenamente possível que, mesmo não tendo ocorrido certo acontecimento, seja este reconhecido pela linguagem.

Não obstante, o conceito de verdade adotado no presente estudo consiste na verdade por correspondência, aquela que exige adequação de determinado enunciado com a realidade por ele descrita. Uma vez que o presente estudo gira em torno da busca da verdade em processo judicial tributário, não há como ignorar o fato de que, quando a Constituição Federal estabeleceu as competências tributárias de cada ente federativo, o fez com base no critério material da regra-matriz de incidência.

O critério material, por sua vez, consiste na substância essencial, no estado de fato descrito pela hipótese de incidência. Assim define ATALIBA (2021, p. 107): "aspecto material é a imagem abstrata de um fato jurídico: propriedade imobiliário, patrimônio, renda, produção, consumo de bens, prestação de serviços, ou uma atuação pública (...)".

Desta forma, se o critério elencado pela Constituição Federal para distribuição da competência tributária consiste no critério material, e este é entendido como o estado de fato descrito pela hipótese de incidência, não há como dissociar a verdade do mundo real.

Logo, não é possível reputar como ocorrido um fato tão somente em virtude de transcrição em linguagem competente, quando essa linguagem não corresponde à realidade fenomênica. Conforme ensina GONÇALVES (2002, p. 16):

E, quando a Constituição brasileira optou pela técnica de fazer referência ao critério material da regra-matriz de incidência para proceder à repartição constitucional de competência impositiva, determinou, de modo irrecorrível, que a incidência de norma de tributação dependeria da efetiva verificação, no mundo fenomênico, do evento traduzido em fato/ato/estado caracterizador da materialidade por ela - Constituição – referida.

Sendo assim, se a justiça é elevada como um valor no preâmbulo da Constituição Federal, e a justiça, em um Estado Democrático, pressupõe a verdade, toda a interpretação do texto constitucional deve ser por ela norteadada.

Se o critério eleito para repartição de competência tributária é o critério material, consistente no estado de fato descrito pela hipótese de incidência, o enunciado normativo cuja linguagem encontra-se totalmente dissociada da realidade fenomênica pode ser reputado como falso.

Não se desconhece a necessidade de verter em linguagem competente os eventos ocorridos para que sejam inteligíveis e assim, irradiem os efeitos deles decorrentes – não obstante, essa linguagem não pode se dissociar da realidade, reputando como ocorridos eventos não verificáveis.

Logo, a verdade tida no presente estudo consiste na verdade por correspondência, pela qual apenas há verdade quando o enunciado corresponde ao seu objeto. A verdade resulta do uso racional de todas as informações disponíveis, sendo a prova um meio pelo qual se utilizará o juiz para atribuir o valor de verdadeiro ou falso aos enunciados trazidos pelas partes no curso do processo (TARUFFO, 2018, ps. 804 e 805).

Com isso, desde já pode-se depreender o motivo pelo qual revela-se imprescindível a efetivação do contraditório, por meio do IDPJ, antes da responsabilização pessoal de diretores, gerentes e representantes de pessoa jurídica em execuções fiscais, para que o magistrado possa elaborar uma decisão jurídica de maior qualidade, mais próxima da realidade, após a colheita de todas as informações e provas possíveis.

## **2.DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA VERDADE MATERIAL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO**

Foi estabelecida como premissa inicial a concepção da verdade pela presença da correspondência entre o enunciado e seu objeto, tendo em vista que, em matéria tributária, a Constituição Federal elegeu como critério de repartição de competência o critério material.

Logo, a incidência de uma norma depende da efetiva verificação da ocorrência do fato contido na regra-matriz. Para a incidência de uma norma jurídica, ou produção de uma sentença, necessário é que sejam plenamente verificáveis os fatos descritos nos enunciados.

Ainda conforme exposto anteriormente, o objetivo dos processos judiciais não se trata apenas de formar uma decisão jurídica, mas uma decisão jurídica justa, tendo em vista que a Constituição Federal alçou a justiça como um valor supremo a ser seguido pelo nosso Estado Democrático. Por isso, deve o processo judicial não apenas seguir os princípios constitucionais processuais, como o devido processo legal e contraditório e ampla defesa, como também perseguir a verdade.

Não obstante, quando se trata da verdade aplicada aos processos judiciais, é muito comum, entre a doutrina, haver uma distinção entre os conceitos de verdade formal e verdade material. Por verdade material, entende-se aquela que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. Já a verdade formal seria aquela alcançada em autos processuais, por meio da análise do conjunto probatório e em respeito aos ditames legais e constitucionais, que dá amparo à formação de uma decisão jurídica.

É muito comum, ainda, atribuir-se a busca pela verdade material, ou seja, por aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, em processos administrativos tributários, pois o rigor das formalidades ali é muito menor, como, por exemplo, a possibilidade do próprio contribuinte apresentar sua defesa e juntar novos documentos a qualquer tempo, inclusive em seara recursal.

Não obstante, entendemos que o denominado princípio da busca pela verdade material também deve ser aplicado em processos judiciais, inclusive os tributários, não sendo restrito aos processos administrativos. A verdade é apenas uma, não se podendo admitir a existência de uma outra verdade que não seja aquela relativa à ocorrência dos fatos.

Não é apenas em virtude de haver uma legislação que disciplina, de forma mais rigorosa, com imposição de prazos e formalidades, os atos a serem praticados em juízos, que isso implica na existência de uma outra categoria de verdade, que não aquela que corresponda ao que ocorreu no mundo dos fatos, menos exigente que a verdade material (MACEI, 2012, p. 38).

Reconhece-se ser impossível chegar ao conhecimento do magistrado o conhecimento absoluto da verdade pois, considerando que a verdade não se constrói, mas sim é redescoberta, não pode o ser humano voltar no tempo para adquirir o conhecimento puro da ocorrência do evento.

Por este motivo, aceita-se que o conhecimento da verdade é relativo conforme a investigação empregada, mas que essa investigação deve pautar-se no princípio da descoberta da ocorrência dos fatos da maneira mais próxima da realidade. Com as palavras de MACEI (2012, p. 31):

A verificação da Verdade dos fatos pretéritos, aqueles não sujeitos a repetição, como os fenômenos químicos experimentados em laboratório, por exemplo, é possível de acordo com as opções de conhecimento da Verdade escolhidas por aqueles que se ocupam de sua descoberta. Não é a verdade que é ou não relativa, mas sim o *conhecimento* da Verdade que pode ser relativo de acordo com o contexto de sua investigação, com a quantidade e qualidade dos dados disponíveis àqueles que buscam conhecê-la. (grifo no original)

TOMÉ (2011, ps. 27 e 28), por sua vez, ao rejeitar a concepção de verdade por correspondência, sob o fundamento de que o mundo da experiência não pode ser integralmente descrito, defende que a verdade a ser buscada, tanto em processos judiciais quanto administrativos, é a verdade lógica.

A verdade lógica é aquela alcançada mediante a constituição de fatos jurídicos, pouco importando se o acontecimento efetivamente ocorreu ou não. Havendo a constituição do fato por meio de linguagem competente, será considerado verdadeiro.

De acordo com o que foi abordado, conquanto seja impossível ao homem voltar no tempo para obter o conhecimento da verdade absoluta nos casos investigados, não podemos nos desvincular da necessidade de haver, da maneira mais próxima possível, correspondência entre os fatos narrados em uma decisão jurídica e os eventos ocorridos.

Entretanto, não se pode negar que a verdade material buscada, por meio das provas a serem produzidas em autos processuais, também pode ser considerada uma verdade lógica, justamente em virtude da ausência de contradição entre os enunciados a serem pronunciados pela autoridade judicial competente e os eventos ocorridos na realidade.

A lógica aqui não será vista apenas na ausência de enunciados contraditórios e presença de enunciados que se conectam, mas também na correspondência entre os eventos do mundo real e os fatos narrados nos enunciados produzidos pelo juiz, no processo de formação da decisão jurídica.

É em virtude da lógica presente entre os fatos narrados e os eventos ocorridos, quando da aplicação do princípio da busca da verdade material em processos judiciais, que a produção probatória ganha especial relevo.

Conforme explica TARUFFO (2018, p. 803), a correta aplicação das normas incidentes pressupõe e exige a existência de fatos que fundamentam as situações jurídicas. Com as palavras do referido autor: “o processo se preocupa com eventos da vida real e do mundo real, mesmo que trate apenas de enunciados ou narrativas sobre eles e, portanto, necessariamente tende a reconstruir esses eventos”.

Logo, o princípio da busca da verdade material também deve ser aplicado aos processos judiciais, não somente os administrativos, pois a existência de regramento acerca da produção probatório não elimina o compromisso de manter fiel a linguagem competente com os eventos do mundo real. A verdade é apenas uma, não subsistindo uma verdade no plano normativo e outra no plano dos fatos, motivo pelo qual se destaca importância da produção probatória para efetivação do referido princípio.

### **3.DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A desconsideração da personalidade jurídica é prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, o qual dispunha, inicialmente, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações seriam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica em caso de abuso de sua personalidade, abuso este que poderia se dar pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico que visa proteger os interesses de credores lesionados por abusos e fraudes provocados pelos gestores de pessoas jurídicas que se utilizam indevidamente da autonomia patrimonial da empresa para promover o seu próprio enriquecimento, sem que tenham de comprometer o seu patrimonial pessoal com relação às dívidas contraídas.

Percebe-se, portanto, que a desconsideração da personalidade jurídica tem como pressuposto a má-gestão de uma empresa, mas não qualquer tipo de má-gestão. Esta deve ser oriunda de atos ilícitos consistentes em abuso da personalidade jurídica, praticados pelos administradores ou sócios, como o desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Por desvio de finalidade, entende-se a utilização da pessoa jurídica para objetivo diverso daquele constante em seu contrato social, como simulação, fraude e abuso de direito. A confusão patrimonial, por sua vez, consiste na ausência de separação entre o patrimônio pessoal dos administradores ou sócios e o patrimônio da empresa, o que se pode verificar, por exemplo, por meio da utilização do cartão corporativo para compras de



cunho pessoal e utilização de imóveis em nome da pessoa jurídica para proveitos de lazer pessoal.

Entretanto, para aplicação do referido instituto, necessário é seja comprovado, judicialmente, a ocorrência dos atos ensejadores da desconsideração, tendo em vista o seu caráter excepcionalíssimo, pressupondo a prática de atos ilícitos.

O Código de Processo Civil de 1973 nada dispunha acerca da efetivação do instituto da desconsideração. Porém, antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015, a aplicação do referido instituto se dava por meio de incidente processual, em autos apartados, possuindo a decisão que o resolve caráter de decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo de instrumento, o que ainda permanece.

Com o advento do Novo Código, o art. 134 passou a prever a possibilidade de requerer a desconsideração da personalidade jurídica em todas as fases do processo de conhecimento, em cumprimento de sentença ou execução fundada em título executivo extrajudicial, tanto em petição inicial quanto em caráter incidente, sendo que, nesta última hipótese, ocorrerá a suspensão do processo principal.

Ainda, em 30 de abril de 2019, veio o Código Civil a sofrer importantes alterações no tocante ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica por meio da Medida Provisória nº 881/19, a qual foi convertida na Lei da Liberdade Econômica, de nº 13.874/19, inserindo o art. 49-A e modificando a redação do art. 50, além de inserir novos parágrafos.

O art. 49-A positivou o entendimento acerca da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, no sentido de que a pessoa jurídica não se confunde com seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Dispõe seu parágrafo único, por sua vez, que referida autonomia é instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

O parágrafo único do referido dispositivo encontra-se em absoluta consonância com a função social da empresa, quando reconhece, com outras palavras, que a autonomia da pessoa jurídica deve ser preservada para o progresso econômico do Estado Brasileiro, como uma nação.

Isso porque a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, tendo como único requisito apenas a existência de dívidas, sem a configuração do abuso da personalidade, ou a banalização do referido instituto, com sua aplicação sem a estrita

observação dos requisitos exigidos pela lei, implica em verdadeiro desestímulo à iniciativa privada, principal geradora de empregos e renda para população e, também, principal alvo da tributação brasileira.

Logo, por via de consequência, se não há estímulo à exploração de atividade econômica de iniciativa privada, o Estado também não possui fonte para arrecadar os recursos financeiros que necessita para promover atividades estatais, como políticas públicas, educação, saúde, etc.

Já a nova redação dada ao art. 50 começa em seu *caput*, dispondo que a extensão dos efeitos de certas e determinadas relações de obrigações serão estendidos aos bens particulares, não apenas dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, mas dos administradores ou sócios que foram beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso da personalidade jurídica.

Referida alteração apresenta profunda importância, tendo em vista que há a possibilidade da pessoa jurídica possuir mais de um sócio ou administrador. O benefício indevido, oriundo de ato ilícito que dá ensejo à desconsideração, pode ter sido usufruído não por todos, mas apenas por um ou uma parte, implicando assim na responsabilização dessa parte que agiu de má-fé, e não de todo o quadro societário ou administrativo.

Quanto aos parágrafos, merecem destaque o primeiro e o segundo, que vieram a positivar os conceitos de desvio de finalidade<sup>116</sup> e confusão patrimonial<sup>117</sup>. O quarto<sup>118</sup> destaca-se por corrigir uma distorção causada pela aplicação descuidada do instituto: a responsabilização patrimonial de todo um grupo econômico pelos débitos inadimplidos de apenas uma, sem restar comprovados os requisitos do abuso de personalidade. Já o quinto prevê não constituir desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Desta forma, depreende-se que o Novo Código de Processo Civil foi cuidadoso ao tratar do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com a devida razão, em

---

116 Art. 50, § 1º Para o disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

117 Art. 50, § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

- I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
- II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
- III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial

118 Art. 50, § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

razão das consequências patrimoniais danosas que sua aplicação de maneira indistinta pode causar não somente aos sócios e administradores, mas à sociedade como um todo, desincentivando a iniciativa privada, geradora de empregos e renda à população brasileira.

#### **4.DO REDIRECIONAMENTO FISCAL**

Ao contrário do IDPJ, o redirecionamento fiscal não possui previsão legislativa, nem no Código Tributário Nacional ou na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80). É resultado de construção jurisprudencial, na hipótese em que a Fazenda Nacional, vendo seu crédito constituído em Certidão de Dívida Ativa não satisfeito pelo principal devedor (aquele cujo nome consta no título executivo extrajudicial), redireciona a execução fiscal contra terceiro, identificado como responsável tributário, cujo nome não consta na CDA.

Possui como fundamento o art. 4º da LEF, o qual prevê em seus incs. I e V, respectivamente, que a execução fiscal pode ser promovida contra o devedor e o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado (LIMA, 2018, p. 87).

O devedor, previsto no inc. I, consiste no contribuinte, aquele que teve relação direta com a ocorrência do fato impositivo, praticando o critério material na hipótese de incidência. Já por responsável tributário, entende-se, com as palavras de ATALIBA (2012, p. 91), aquele que “na verdade, não realiza o fato relevante para determinar o surgimento da obrigação – tão-só é posto, pela lei, no dever de prover o recolhimento de tributo decorrente de fato provocado ou produzido por outrem”.

A responsabilidade tributária encontra-se disciplinada no CTN, nos arts. 128 à 138, e é dividida em responsabilidade dos sucessores, de terceiros ou por infrações. Uma vez que o objeto do presente artigo se restringe à aplicabilidade do IDPJ às execuções fiscais, tendo como base o entendimento do TRF3 nos autos do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, vamos nos ater especialmente, ao disposto nos arts. 124 e 135, inc. III, este último inserido na Seção III – Responsabilidade de Terceiros.

O art. 135, inc. III, do CTN, estabelece a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Embora o entendimento predominante na jurisprudência seja o de que a responsabilidade prevista referido dispositivo seja solidária ou subsidiária, a redação é expressa e clara em estabelecer a responsabilidade pessoal, excluindo assim a responsabilidade da pessoa jurídica. Trata-se de norma sancionatória, que pune os

praticantes de ato ilícito, motivo pelo qual não faz sentido manter a pessoa jurídica no polo passivo, já que não cometeu infração alguma (LIMA, 2018, p. 81).

Importante ressaltar que é rotineiro deparar-se com pedidos de redirecionamento de execução fiscal, requerendo o reconhecimento da responsabilidade não apenas do sócio, gerente ou representante de pessoa jurídica, como também responsabilidade de grupo econômico em virtude de interesse comum, que seria o benefício econômico, com fundamento no art. 124, inc. I, do CTN119.

Entretanto, é pacífico o entendimento, perante o Superior Tribunal de Justiça, de que o simples fato de compor grupo econômico, por si só, não configura o interesse comum<sup>120</sup>, sendo imprescindível para configuração do referido interesse a atuação de mais de uma pessoa na conformação do fato gerador do tributo<sup>121</sup>.

Conforme a própria Fazenda Nacional alegou, quando da instauração do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, o procedimento aplicável aos pedidos de redirecionamento da execução fiscal é muito mais simples, consistindo numa petição com os fundamentos e documentos pertinentes.

Ao contrário do que ocorre com o IDPJ, não há citação dos indicados pela exequente para apresentação de defesa antes da apreciação do pedido. Desta forma, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são desde logo incluídos no polo passivo da demanda.

A defesa cabível é a oposição de embargos à execução, caso seja necessária a dilação probatória, ou a apresentação de exceção de pré-executividade, caso a matéria a ser tratada for puramente de direito ou cognoscível de ofício pelo juiz.

Destaca-se que, para a oposição de embargos à execução em feito fiscal, o ar. 16, § 1º, da LEF, é expresso ao exigir a garantia da execução. No entanto, com o advento do NCP, que estabelece, em seu art. 914, que referida modalidade de defesa é oponível independentemente de penhora, caução ou depósito, passou a haver uma flexibilização da regra contida na Lei nº 6.830/80. Tornou-se admissível a oposição de embargos à execução

---

119 Art. 124. São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

120 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.832.514/PE, Processo 2019/0051039-6, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 16 de novembro de 2021. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 18 de novembro de 2021.

121 \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.273.396/DF, Processo 2011/0200989-7, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 05 de dezembro de 2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 12 de dezembro de 2019.

fiscal quando a garantia não for suficiente, cujo processamento será desprovido de efeito suspensivo<sup>122</sup>.

Sendo assim, percebe-se que o pedido de redirecionamento da execução fiscal é muito mais célere. Ele não exige a instauração do contraditório e ampla defesa antes do reconhecimento do pedido formulado pela Fazenda Nacional.

No entanto, é também mais custoso aos sócios, gerentes e representantes de pessoa jurídica, os quais têm que dispor de parcela de seu patrimônio para que oferecer embargos à execução, ante a necessidade de dilação probatória para comprovação da ausência de atos praticados com excesso de poder, infração à lei ou contratos sociais ou estatutos.

## **5.DA COGNIÇÃO JUDICIAL**

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o redirecionamento fiscal e o IDPJ são dois institutos parecidos, porém que não se confundem. A semelhança entre ambos é que visam a responsabilização de terceiros acerca de débitos assumidos por pessoas jurídicas, apenas.

A diferença começa no fato de que o IDPJ pressupõe a responsabilização somente dos administradores ou sócios da pessoa jurídica em virtude, apenas, de abuso da personalidade jurídica, que se dá mediante confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Já o redirecionamento fiscal pressupõe a previsão legal de responsabilidade tributária de terceiro não indicado na CDA, a qual pode surgir, mas não se limita, à hipótese prevista no art. 135, inc. III, do CTN (prática de atos contra à lei, o contrato social ou o estatuto por parte dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas).

Ainda, o redirecionamento fiscal, além de poder ser apresentado, obviamente, em execuções fiscais, é efetivado por meio de petição simples apresentada no curso do processo pela Fazenda Nacional. O contraditório e ampla defesa se dá posteriormente, após a inclusão dos responsáveis no polo passivo da demanda.

Isso implica, na maior parte das vezes, na necessidade de garantia do débito tributário para apresentação de defesa em que se possa exercitar ampla dilação probatória, apenas com efeito suspensivo quando garantido o débito em sua integralidade.

---

122 \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.699.802/RJ, Processo 2017/0248606-5, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 21 de março de 2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 26 de março de 2019.

O IDPJ, por sua vez, pode ser instaurado tanto em processo de conhecimento como em cumprimento de sentença ou execução fundada em título executivo extrajudicial, tanto em petição inicial quanto em caráter incidente, sendo que, nesta última hipótese, ocorrerá a suspensão do processo principal, independentemente de garantia.

Logo, antes de ser declarada a desconsideração da personalidade jurídica, é efetivado o contraditório e ampla defesa, não sendo necessário aos sócios, gerentes ou administradores da pessoa jurídica dispor de parcela de seu patrimônio para realizar atividade probatória em juízo.

Essa é a principal e crucial diferença entre os dois institutos: o momento do efetivo contraditório e, conseqüentemente, da produção probatória, o que influencia profundamente na cognição judicial.

Por cognição judicial entende-se o ato de inteligência (WATANABE, 2012, p. 67), a atividade mental realizada pelo magistrado no que concerne ao conjunto de argumentos e de provas juntadas por todas as partes, na qual serão sopesados todos os fatos comprovados, os princípios e as legislações atinentes ao tema, formando, ao final, os motivos que sustentarão a decisão judicial.

A cognição judicial possui profunda importância na aplicação do princípio da busca da verdade material nos processos judiciais, inclusive tributários, em busca da efetivação da justiça, valor alçado no preâmbulo da Constituição Federal.

Se necessário é, para a realização da justiça, buscar, ao máximo, a verdade dos fatos, a cognição realizada pelo magistrado será de melhor qualidade quanto mais tiver acesso aos elementos probatórios trazidos por cada uma das partes que compõem o processo.

A cognição, de acordo com WATANABE (2012, ps. 118 e 119), pode ser considerada no plano vertical e horizontal. A cognição horizontal diz respeito a quantas questões, sejam processuais ou de mérito, são tratadas em uma determinada decisão. Pode ser plena, quando o juiz analisar a todas, ou parcial, quando analisar apenas parte delas. A cognição vertical, por sua vez, diz respeito à profundidade da análise, podendo ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta).

Trazendo referida classificação às execuções fiscais, fato é que a cognição se revela rarefeita, mas ainda assim presente, pois poderá o juiz realizar pronunciamentos de valor acerca dos fatos que lhe forem narrados. Não é apenas porque a cognição é rarefeita que isso quer dizer que seja inexistente, e não é apenas porque estamos diante de uma execução fiscal, de procedimento mais célere, que a cognição não poderá ser plena em sua extensão e exauriente em sua profundidade.



Por isso, questiona-se qual o tipo de cognição realizada pelo juiz, quando do deferimento do redirecionamento fiscal baseado tão somente nas alegações da Fazenda Nacional, com fundamento no art. 135, inc. III, do CTN, que prevê a prática de atos graves, como infração à lei, contrato social.

Referida cognição é plena e exauriente o suficiente para decretar a responsabilidade tributária, de maneira definitiva em primeira instância? A cognição ali realizada, tão somente com base nas alegações de apenas uma das partes, é compatível com a gravidade da decisão tomada?

Outro questionamento que se coloca é se tal procedimento e a cognição ali realizada são suficientes para averiguar se os indicados como responsáveis solidários efetivamente praticaram o fato imponible em conjunto.

Importante ressaltar que a responsabilidade tributária com fundamento no art. 135, inc. III, do CTN, é o ponto de convergência entre esse instituto e o IDPJ. Este último responsabiliza os sócios ou administradores de pessoa jurídica por abuso da personalidade, consistente no desvio de finalidade e na confusão patrimonial.

Tais modalidades são totalmente compatíveis com a expressão "atos contrários à lei, ao contrato social ou estatuto". No entanto, ao IDPJ é dada a oportunidade de contraditório e ampla defesa antes do pronunciamento judicial sobre o tema, enquanto ao redirecionamento fiscal não.

O último questionamento que se faz é se o fato de execuções fiscais serem procedimentos mais céleres que ações de conhecimento – o que torna a cognição judicial rarefeita – é motivo idôneo para afastar a instauração do IDPJ.

Portanto, revela-se essencial, neste momento, analisar as razões estabelecidas no julgamento do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 que reputaram compatível a instauração do incidente, quando a responsabilidade tributária estiver fundada no art. 135, inc. III, e no interesse comum na situação que constitua o fato gerador.

## **6.DO ENTENDIMENTO FIRMADO NOS AUTOS DO IRDR Nº 0017610-97.2016.4.03.0000**

O julgamento do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 iniciou-se com o voto do relator Baptista Pereira, em 09/10/2019, que propunha a seguinte tese: "*não cabe instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal fundada em responsabilidade tributária*".

Entendeu o referido relator pela incompatibilidade do IDPJ nas hipóteses estabelecidas pelos arts. 124, 133, 134 e 135 do CTN, mas necessidade de sua instauração nos casos típicos de desconsideração de personalidade jurídica, em razão da dilação probatória decorrente do ônus da Fazenda Nacional quanto ao abuso da personalidade jurídica por meio da confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

A primeira crítica que logo se faz ao referido posicionamento consistente em que, conforme abordado anteriormente, há um ponto de convergência entre o redirecionamento da execução fiscal e o IDPJ, consiste na hipótese prevista no art. 135, inc. III, do CTN. Atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto possuem íntima ligação com abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Desta forma, justamente por ser o IDPJ um procedimento mais lento que o pedido de redirecionamento, a Fazenda Nacional nunca iria proceder à instauração do referido incidente em execuções fiscais, quando possui outro instrumento mais célere à sua disposição. Todos os atos com aparência de ilícitos poderiam ser encaixados no redirecionamento com fulcro no dispositivo anteriormente citado.

Fundamentou também o relator Baptista Lopes que a aplicação do CPC/15 à Lei nº 6.830/80 seria subsidiária, apenas nos casos de compatibilidade. O motivo da incompatibilidade entre estes dois institutos seria de que a responsabilidade tributária alcança, apenas, o sócio administrador, enquanto o IDPJ alcança todos os sócios. Ainda, a execução fiscal não comportaria dilação probatória, sendo a garantia do juízo intrínseca ao microsistema da Lei de Execuções Fiscais.

Desde logo, importante é salientar que não se vislumbra incompatibilidade entre os institutos apenas no fato de que o redirecionamento alcança o sócio administrador, e o IDPJ alcança todos os sócios. Independentemente de qual espécie de cargo que se exerce em uma pessoa jurídica, deve ser concedido ao responsável o mesmo direito de defesa de qualquer outro cidadão, em respeito às garantias e direitos fundamentais.

Ainda, tal fundamento não se sustenta quando se observa que a nova redação do art. 50, do Código Civil, estabelece que a desconsideração da personalidade jurídica apenas atingirá os sócios que agiram com abuso da personalidade jurídica, e não todos, podendo ser tanto um sócio comum ou um sócio com poderes de administração.

O julgamento foi retomado no dia 01/12/2020, iniciando-se com o voto divergente do Desembargador Wilson Zauhy, cujas razões foram adotadas para fixação da tese discutida e acolhimento parcial do pedido formulado do IRDR, entendendo-se pela possibilidade de redirecionamento apenas nas hipóteses dos arts. 132, 133 e 134, do CTN,

e imprescindibilidade da instauração do IDPJ nas hipóteses do art. 135, do mesmo diploma legal, e na hipótese de interesse comum.

Referido desembargador iniciou o seu voto explicando que a tese proposta pelo relator deixaria em aberto diversos pontos atinentes ao redirecionamento fiscal, além de não se enquadrar à legislação atual, não somente com relação ao CPC/15, mas também com relação à Lei nº 13.874/19, denominada Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.

Explica o desembargador que a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica prevê que o disposto na sua redação, no que for relativo à aplicação e interpretação, não se aplica ao direito tributário e financeiro<sup>123</sup>. No entanto, o Direito Processual Civil, que possui aplicação subsidiária à Lei de Execuções Fiscais, se distingue do Direito Tributário propriamente dito.

Ainda, de acordo com o desembargador, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 6.830/80<sup>124</sup>, consiste em previsão expressa e legal de aplicação da legislação civil quando se trata de assunção de responsabilidade tributária. Logo, não há que se falar em incompatibilidade da instauração do IDPJ em execuções fiscais quando se trata de responsabilização de sócio ou administrador pela dívida tributária inscrita no nome de pessoa jurídica.

Em seu voto, também consignou o desembargador aquilo que já foi abordado anteriormente neste artigo: não há distinção entre as hipóteses de prática de atos com excesso de poder ou infração à lei e a prática de desvio de finalidade. Prossegue pela aplicação do IDPJ também em execuções fiscais, nas hipóteses estabelecidas pelo art. 135 do CTN. Com suas palavras: “em verdade o artigo 135, em especial o seu inciso III, é uma panaceia para todas as expectativas da Fazenda, que, até o presente, sempre a atendeu de forma deveras benfazeja”.

Ressaltou ser dever do Fisco lançar o tributo com indicação das pessoas jurídicas que estejam vinculadas ao fato gerador, e não redirecionar a cobrança para pessoa jurídica estranha ao fato, ainda que integrante do mesmo grupo econômico. O interesse comum se dá quando os sujeitos, conjuntamente, fazem parte da situação que permite a ocorrência do fato imponible. A responsabilidade solidária, prevista no inc. II, também não pode estar desvinculada à ocorrência do fato gerador.

---

123 Art. 1, § 3º: O disposto neste Capítulo e nos Capítulos II e III desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o disposto no inciso X do **caput** do art. 3º desta Lei (grifo no original).

124 Art. 4º, § 2º À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

Deste modo, segundo o desembargador, para que terceiro não indicado na CDA seja incluído no polo passivo da execução fiscal, seja em virtude de interesse comum ou por atos contrários à lei ou contrato social, deve ser instaurado o contraditório por meio do IDPJ.

Destacou, inclusive, que ainda que se entenda por suposta incompatibilidade entre os procedimentos, a exceção de pré-executividade a ser oferecida pelos responsáveis deverá possuir novos contornos e amplitude temática e ritualística, ou seja, deverá abarcar a possibilidade de dilação probatória, neste caso específico.

Veio o desembargador Fabio Prieto a proferir o seu voto, no sentido de que o IDPJ seria cabível a todas as hipóteses de redirecionamento fiscal, tendo como pressupostos a proteção constitucional à livre iniciativa e ao desenvolvimento nacional, fazendo parte de suas razões o argumento de que “o arbítrio fazendário e judicial causa mal imenso ao País”.

Por fim, o desembargador Souza Ribeiro também propôs a tese de imprescindibilidade de instauração do incidente em todas as hipóteses de responsabilidade tributária prevista no CTN. Fundamentou que muitos abusos são cometidos na praxis da desconsideração da personalidade jurídica, sendo o direito de defesa e todos os seus corolários os princípios mais caros do Estado de Direito. Ressaltou, ainda, que o IDPJ dispensa a prestação de garantia da execução, assegurando as garantias constitucionais àqueles que não tiveram a oportunidade de se defender no âmbito administrativo.

Conquanto os desembargadores Fabio Prieto e Souza Ribeiro tenham adotado o posicionamento de imprescindibilidade do IDPJ em todas as hipóteses de responsabilidade tributária, prevaleceu a posição intermediária, os termos do voto do desembargador Wilson Zauhy.

## **7. DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Percebe-se, acima de tudo, que o principal objetivo ao entender pela compatibilidade entre o IDPJ e a Lei nº 6.830/80 consiste na efetivação das garantias fundamentais estabelecidas em nossa Constituição Federal, em especial o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Destaca-se que o próprio desembargador Wilson Zauhy, ao prever a eventual possibilidade de se entender pela incompatibilidade, faz a ressalva de que a exceção de pré-executividade deve ganhar novos contornos e amplitude temática e ritualística, abarcando a possibilidade de dilação probatória, sem que esteja obrigado o contribuinte a garantir nem que for parte da dívida para tanto.

Isso porque revela-se injusta a situação em que o contribuinte, indevidamente incluído no polo passivo de execução fiscal, tenha de dispor parcela de seu patrimônio para que possa exercer pleno direito de defesa que não lhe foi atribuído em seara administrativa. Corre ainda o risco de, mesmo garantindo parcialmente o juízo, vir a ter seu patrimônio constrito por meio de bloqueios judiciais.

O princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, revela-se na previsão em lei dos atos a serem adotados na instauração e procedimento tanto de processo administrativo quanto judicial. Esses atos asseguram às partes o contraditório e ampla defesa, princípio previsto no inc. LV, consistente na oportunidade dada às partes de exporem suas razões e prová-las por todos os meios cabíveis, sejam legais ou moralmente legítimos, antes que seja proferida sentença.

Referido princípio é antigo, com origem na Inglaterra no ano de 1215, sob o reinado do Rei João Sem Terra, também conhecido como *due process of law*, cujo significado consiste nas “garantias de natureza processual tendentes a inibir ou eliminar o arbítrio nas restrições aos direitos à vida, à liberdade e à propriedade” (GONÇALVES, 2002, p. 114).

THEODORO JUNIOR ensina que o antigo devido processo legal transformou-se no processo justo, o qual “deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo, à luz das garantias e dos princípios constitucionais” (2011, p. 29).

Importante salientar que o devido processo legal também dá ensejo à promoção da segurança jurídica, o qual visa “proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de frustrar-lhes a confiança que depositam no Poder Público” (CARRAZZA, 2019, p. 344).

Conforme já exposto anteriormente, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica possui caráter excepcional, tendo em vista que sua aplicação sem estrita observância dos requisitos consiste em verdadeiro desestímulo à iniciativa privada, principal geradora de empregos e renda para a população.

Foi demonstrado também que o redirecionamento da execução e o IDPJ possuem um ponto de convergência, que consiste na prática de atos contrários à lei, ao contrato social e ao estatuto, possuindo íntima ligação com o abuso da personalidade jurídica, por meio do desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Não obstante, conquanto seja reconhecido o cuidado que deve se ter na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, revelando-se indispensável a instauração do contraditório e ampla defesa, o mesmo cuidado não se dá na aplicação do redirecionamento fiscal com fundamento no art. 135, inc. III, do CTN.

Isso porque o redirecionamento fiscal é, na maior parte das vezes, deferido integralmente, tendo o magistrado como base apenas os argumentos da Fazenda Nacional, que, com as palavras do próprio desembargador Wilson Zauhy, serve de fundamento para todos os requerimentos da referida exequente. E, conforme já abordado na introdução, é muito comum a confusão entre o interesse público primário e secundário (arrecadatório). De acordo com CARRAZZA:

Em boa verdade científica, o *interesse fazendário* não se confunde nem muito menos sobrepaira o *interesse público*. Antes, subordina-se ao *interesse público* e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele.

O mero interesse arrecadatório não pode fazer tábua rasa da igualdade, da legalidade, da anterioridade, enfim, dos direitos constitucionais dos contribuintes (2017, p. 418) (grifos no original)

Desta forma, a instauração do IDPJ em execuções fiscais, ao prestigiar as garantias do devido processo legal e contraditório e ampla defesa, também prestigia o princípio da segurança jurídica, o qual visa investigar os fatos jurídicos que dão ensejo à responsabilidade tributária.

A sujeição passiva dos tributos, antes de tudo, se encontram previstas no próprio arquétipo constitucional de cada espécie tributária. Não se revela-se lícito, à Fazenda Pública, redirecionar a execução fiscal desrespeitando a regra-matriz desenhada constitucionalmente, apenas em virtude de interesses arrecadatórios.

Ademais, tendo em vista que o art. 135, inc. III, do CTN, converge absolutamente com as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, a cognição judicial a ser realizada deve ser a mesma, pois revela-se imperiosa a dilação probatória para apuração da prática de atos tão graves como aqueles previstos tanto no CTN como no CPC.

Logo, a instauração do IDPJ em execuções fiscais não somente fortalece a efetivação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa e segurança jurídica, como também protege o contribuinte de desvirtuamentos da regra-matriz constitucional dos tributos, a qual exige, para sua incidência, a efetiva verificação da ocorrência dos eventos e a transformação em linguagem competente, linguagem esta que deve corresponder à essência da realidade.



## 8. CONCLUSÃO

Logo no início do presente trabalho, foi estabelecido que o conceito de verdade adotado é a verdade por correspondência, segundo a qual a verdade é determinada pela adequação entre os enunciados e os eventos ocorridos.

Isso porque, em matéria tributária, a Constituição Federal, ao delegar as competências, desde logo estabeleceu o arquétipo constitucional da regra-matriz de incidência de cada tributo, demarcando assim o critério material.

O critério material, por sua vez, consiste no estado de fato descrito pela hipótese de incidência. Desta forma, se para incidência da norma deve ser efetivamente verificada a ocorrência do evento caracterizador da materialidade, a transcrição desse evento em linguagem competente deve ser a mais próxima da realidade possível.

Considerou-se também que a justiça é alçada a valor supremo no preâmbulo da Constituição Federal, não se podendo falar em justiça quando se admite a subsistência de enunciado que reconheça a ocorrência de um fato que não corresponde aos eventos do mundo real.

Desta forma, conquanto a doutrina tradicional tenha por costume distinguir a verdade em material e formal, a verdade é apenas uma: aquela que corresponde à efetiva ocorrência dos eventos transformados em fatos. É essa correspondência que deve ser buscada tanto nos processos administrativos quanto judiciais.

Por isso, defende-se a aplicação do princípio da busca da verdade material nos processos judiciais, pois a existência de formalidades a serem seguidas não elimina o compromisso de manter fiel a linguagem competente com os eventos do mundo real.

Assim, revela-se um grande avanço o reconhecimento, por parte do TRF3, acerca do cabimento da instauração do IDPJ em execuções fiscais, nos autos do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000.

A hipótese de desconsideração da personalidade jurídica em virtude de abuso da personalidade, que pode ser dar por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, possui íntima ligação a prática de atos contrários à lei, contrato social ou estatutos, previsto no art. 135, inc. III, do CTN.

Sendo duas hipóteses intrinsecamente ligadas, em resposta aos questionamentos levantados do item 5 (Da cognição judicial), não se revela razoável deferir o redirecionamento da execução fiscal tão somente com base nos argumentos trazidos pela Fazenda Pública. Revela-se a cognição realizada, nesta hipótese, sumária e superficial

diante de acusações tão graves e, por isso, incompatível com a medida judicial concedida, a qual exige uma atividade probatória mais intensa.

Mesmo posicionamento se adota com relação à cognição judicial realizada tendo como fundamentação, na decisão jurídica, apenas os fundamentos trazidos pela Fazenda Nacional, no sentido de reconhecimento de responsabilidade solidária em virtude de interesse comum.

Isso porque, se o princípio da busca da verdade material também deve ser aplicado nos processos judiciais, a cognição a ser realizada na hipótese de abuso de personalidade jurídica e atos contrários à lei, ao contrato social e ao estatuto deve ser a mesma, por se tratarem de hipóteses intrínsecas. Em ambas hipóteses deve se proceder ao contraditório, ampla defesa e instrução probatória, antes de proferida qualquer decisão que venha a atingir o patrimônio de terceiro.

Isso se dá em razão da necessidade de maior averiguação acerca da ocorrência dos eventos, por mais que seja impossível ao magistrado conhecer da verdade absoluta. Sobre ele recai o dever de transformar em linguagem competente os eventos apurados e, com isso, atrair a hipótese de incidência de cada espécie tributária ao caso concreto. Todo o cuidado é necessário para que a regra-matriz de incidência não seja distorcida, em respeito aos princípios, direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

O último questionamento levantado no item 6 é se o fato das execuções fiscais serem procedimentos mais céleres que ações de conhecimento é motivo idôneo para afastar a instauração do IDPJ. O nosso posicionamento é que não, pois o fato de se tratar de um procedimento apoiado em título executivo não afasta o dever do magistrado de realizar cognição exauriente acerca dos fatos que lhe são narrados. O argumento de incompatibilidade em virtude da celeridade da execução fiscal possui mais caráter de resguardar o interesse arrecadatário do que o público.

Ainda, não se pode deixar de destacar que a desnecessidade de depósito judicial para ampla discussão probatória acerca da responsabilidade tributária favorece o princípio da busca da verdade material.

Deve-se levar em consideração a dificuldade que a maior parte dos contribuintes possui para dispor de parcela de seu patrimônio, com o objetivo de garantir ao menos uma parte da dívida tributária, apenas para possibilitar discussões acerca dos fatos, já que às exceções de pré-executividade não é cabível alegações que demandem dilação probatória.

Deste modo, conclui-se que a instauração do IDPJ em execuções fiscais contribui para a produção de uma decisão jurídica mais justa, em respeito aos princípios constitucionais e, em especial, ao princípio da busca da verdade material. Ela propicia ao

magistrado o desenvolvimento de uma cognição mais profunda e exauriente, evitando assim a responsabilização de terceiros que não possuem ligação com o sujeito passivo e o critério material da regra-matriz de incidência tributária.

## **BIBLIOGRAFIA**

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. Código Civil. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)

\_\_\_\_\_. Código Tributário Nacional. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

\_\_\_\_\_. Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)

\_\_\_\_\_. Lei de Execuções Fiscais. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm)

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.832.514/PE, Processo 2019/0051039-6, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 16 de novembro de 2021. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 18 de novembro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.273.396/DF, Processo 2011/0200989-7, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 05 de dezembro de 2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 12 de dezembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.699.802/RJ, Processo 2017/0248606-5, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 21 de março de 2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 26 de março de 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

LIMA, Luciane Pimentel de. O Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica e sua Aplicação no Redirecionamento da Execução Fiscal. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

MACEI, Demetrius Nichele. O Princípio da Verdade Material no Processo Tributário. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

GONÇALVES, José Artur Lima Gonçalves. Imposto Sobre a Renda. Pressupostos Constitucionais. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARUFFO, Michele; JOBIM Félix Marco et al (Coord.). Considerazioni Su Dubbi e Verità. In: Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório, Vol. 5, 3ª Ed., São Paulo: Jus Podivm, 2018.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 3ª E., São Paulo, Editora Noeses, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, Vol. 1. 53ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

## **AS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR: BREVE ESTUDO SOBRE FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO**

**ANTONIO AUGUSTO VILELA:** Pós graduado em Direito Ambiental, Civil, Constitucional, Consumidor, Famílias e Sucessões, Imobiliário, Notarial e Registral, Previdenciário, Processual Civil pelas instituições "Damásio de Jesus" e "Dom Alberto". Bacharel em Administração e Direito pelas instituições "Faculdade Cidade de Coromandel" e "Fundação Carmelitana Mário Palmerio".

**RESUMO:** Os meios alternativos de solução de conflitos têm granjeado espaço importante no panorama jurídico no transcorrer dos últimos anos. A procura dos seres humanos por uma resolução mais rápida e as reclamações em relação aos processos judiciais explicam uma cautela particular a matéria. É patente ainda que o Poder Judiciário brasileiro vem batalhando com um elevado número de pendências que cresce excessivamente. Uma presumível modificação de conduta dos cidadãos, que por índole aspiram a ter uma atitude mais litigante, pode colaborar com o Estado no julgamento dos casos que verdadeiramente fazem jus a intervenção estatal. O presente trabalho faz uma análise das formas alternativas de resolução de conflitos, sendo elas a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem, conceituando cada uma delas, abordando suas técnicas, características e a aplicabilidade. Faz uma análise da forma alternativa de resolução de conflitos, trazendoum breve histórico e demais pontos relevantes diante da temática suscitada.

**Palavras-Chave:** Defesa do consumidor. Formas alternativas. Solução de conflitos.

**ABSTRACT:** Alternative means of conflict resolution have gained important space in the legal landscape in recent years. Looking for of human beings for a faster resolution and the complaints in relation to the judicial processes explain a particular caution in the matter. It is also clear that the Brazilian Judiciary has been struggling with a high number of pending issues that are growing excessively. A presumptive change in the conduct of

citizens, who by nature aspire to have a more litigious attitude, can collaborate with the State in the judgment of cases that truly deserve state intervention. The present work analyzes the alternative forms of conflict resolution, namely conciliation, mediation, negotiation and arbitration, conceptualizing each one of them, approaching their techniques, characteristics and applicability. It analyzes the alternative form of conflict resolution, bringing a brief history and other relevant points on the raised theme.

**Keywords:** Consumer protection. Alternative ways. Conflict resolution.

## INTRODUÇÃO

Todas pessoas são consumidores em potencial cliente do mercado, para adquirir artigos e/ou serviços, firmando um contrato formal ou até, mesmo informal. Com o passar dos anos, os vínculos de consumo passaram grandes inovações, ocorreram mutações nas condições financeira, culturais, sociais e legais, deste modo, ocasionaram uma necessidade maior de se instituir normas que atendessem essa atividade consumidora da sociedade.

As ações voltadas para a defesa dos consumidores em todo o mundo têm origem em marcos passados historicamente importantes. Esse marco aconteceu no Brasil, com a inclusão do tema na Carta Magna de 1988, instituindo a defesa jurídica dos consumidores como sendo um direito indispensável do ser humano. Posteriormente, Código de Defesa do Consumidor que foi criado em 1990 o (CDC), regimentando a proteção das relações de consumo.

Nos dias atuais, o consumidor é um sujeito ativo nas ações consumidoras, buscando cada vez mais os subsídios e sem aceitar com displicência as imposições que lhe possam prejudicar. Nesse panorama de consternação, surgem uma imensa gama de processos que se acumulam desordenadamente no judiciário, permanecendo por anos afim de que sejam desvendados e resolvidos.

Assim, com a criação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) e tornando obrigatório as audiências de mediação e/ou de conciliatórias, várias situações e perplexidade ocorreram ante tais interrogações. Em um mundo moderno e global, em que cada vez mais as pessoas aumentam suas ligações interpessoais, de modo geral crescem o surgimento de conflitos sociais, o que têm, resultado na judicialização.

Essa grande procura por judicialização ante os conflitos, oriundos do crescimento nas relações jurídicas, tem ocasionado uma certa demora do Poder Judiciário, principalmente no cenário brasileiro, uma vez que o Judiciário nacional não tem



possibilidade conduzir, devido ao grande número e com eficiência tal crescimento da demanda processual. Assim sendo, legislação e doutrina têm procurado estabelecer novas formas para solucionar conflitos. Neste trabalho de pesquisa, destacam-se a mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

Ressalta-se que no presente trabalho não se esgota os direitos do consumidor, pois uma vez que tem-se como objetos do estudo “apenas os direitos básicos e essenciais aos consumidores, não prejudicando a incidência de novos e mais benéficos direitos das relações de consumo” (SILVA, 2017, p. 20). Assim, na composição do rol de direitos do consumidor em relação a conflitos, alguns se destacam para a elaboração dessa pesquisa, que não tem a pretensão de tornar os demais menos importantes.

## **2 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DOS CONSUMIDORES**

O vocábulo conflito traz em seu contexto diferentes sentidos, dentre os quais pode-se enumerar significados como, enfrentamento, luta, oposição guerra entre pessoas, discordância de ideias ou de opiniões altercação, divergência. A respeito do assunto Morais et al., (2012, p. 45) comentam sobre a origem do termo, ao afirmarem que:

Nascido do latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a ideia de choque, ou ação de chocar, de contrapor ideias, palavras, ideologias, valores ou armas. [...] Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito de outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes.

No mesmo sentido, afirmam Cintra, et al.,(2010, p. 26) que conflito é uma palavra que se caracteriza em ocasiões em que um indivíduo, querendo adquirir para si um certo bem, não pode consegui-lo seja porque a pessoa que poderia possibilitar a posse não o faz ou porque o próprio direito torna proibida a intensão voluntária da pretensão.

De acordo Sales et al., (2009, p. 75) o conflito é analisado como algo apropriado do dia-dia, intrínseco ao incremento das relações. Nesse contexto, a aceção de conflito empenha-se em romper com a resistência do elemento oposto para controlá-la e, deste

modo, estabelecer o recurso, entretanto, a parte contrária pode protestar diante do desafio de forma prosaica ou impresumível, conforme os denodos culturais do contexto social dos abarcados.

Sob este aspecto, a compreensão negativa do conflito provoca uma série de atitudes e reações também negativas em meio aos litigantes, causando por muitas vezes a transformação de fundamento do conflito, uma vez que ocasiões de estresse terminam tornando difícil a concepção real do problema, por sua vez, quando existe probabilidade de entender o conflito de uma forma positiva as duas partes podem se beneficiar.

Reconhecendo a problemática da sociedade contemporânea, dada a complexidade das relações que se estabelecem e, em especial, da complexidade dos conflitos que eventualmente possam ser delas gerados, há muito vem buscando encontrar soluções alternativas para resolução destes conflitos.

Neste aspecto, na busca pela solução de conflitos, a tutela jurisdicional tem cedido lugar, ainda muito gradativamente, a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem extrajudicial, consideradas alternativas menos formais, mais céleres, menos onerosas e, por vezes, mais eficazes do que a via tradicional do processo.

As formas alternativas para resolução de conflitos ocorrem de maneira extrajudicial e judicial, dependendo do tipo da demanda. As formas alternativas de resolução de conflitos também chamadas de sistemas alternativos adequados para resolução de conflitos são: a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem. São consideradas como formas consensuais autocompositivas, a conciliação, a mediação e a negociação. Já a arbitragem é considerada como forma adversarial, ou seja, heterocompositiva. (Brasil, 2015).

## **2.1 A conciliação**

A conciliação é uma técnica autocompositiva que exige a participação de um terceiro imparcial, chamado de conciliador, que usa métodos apropriados, de forma participativa e amigável na busca da solução de um conflito, ou seja, para que a conciliação seja exitosa, é necessário que haja a conciliação, o acordo entre as partes. (CNJ, 2015).

De acordo com Spengler (2016, p. 75) a conciliação é considerada da seguinte forma:

A conciliação é um instituto que tem por objetivo chegar voluntariamente a um acordo neutro e conta com a participação

de um terceiro – conciliador – que intervém, podendo inclusive sugerir propostas para fins de dirigir a discussão. “Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para a ele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe”. Justamente por isso, o conciliador sugere, orienta, interfere e aconselha as partes sem analisar o conflito em profundidade.

O principal objetivo da conciliação é a solução de um litígio, ou seja a busca pelo acordo entre as partes conflitantes para pôr fim a demanda. Para que o acordo aconteça é necessária a intervenção do conciliador que procura orientar as partes daimportância de uma solução amigável, sugerindo propostas que possam ser satisfatórias para ambas as partes para com isso, finalizar o conflito existente. Para Silva (1999, p. 31) os objetivos da conciliação são os seguintes:

A conciliação visa a aproximação das partes, as quais chegam em audiência envolvidas emocionalmente, buscando harmonizar o equilíbrio emocional, conduzindo-as ao processo conciliatório, de forma a solucionar amigavelmente o conflito jurídico instalado, devendo o conciliador esclarecer as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio.

Segundo Barbosa (2003, p. 252) a conciliação é reconhecida como:

O processo que menos ameaça o status quo, posto que normalmente as partes não tem obrigação de chegar a um acordo. O que se oferece é apenas uma oportunidade de discutir e explorar possibilidades de resolução aceitáveis a todos.

A conciliação é considerada como um procedimento condescendente, ou seja, “especialmente flexível que permite a exploração dos reais interesses das partes, é considerado menos impositivo pelas as partes. Numa análise plana, é o programa de intervenção de terceiros mais simples e fácil de administrar.” (BARBOSA, 2003, p. 252). Conforme menciona Barbosa (2003, p. 252):

A conciliação possui diversas vantagens em relação a procedimentos tradicionais. A primeira é a pacificação social, pois neste procedimento o acordo ocorre num ponto de equilíbrio aceito por todas as partes e logra levar a paz ao próprio espírito

das pessoas. Ao contrário do que ocorre com a sentença judicial, o acordo da conciliação não é imposto autoritariamente e logra ventilar emoções das partes para acalmá-las, podendo atingir a lide sociológica, em geral mais ampla do que aquela que emergiu como simples ponta do iceberg.

O conciliador deve orientar as partes das vantagens de fazer um acordo, estimular as partes a se expressarem em relação ao litígio apresentado e propor alternativas que satisfaça a demanda, para com isso, por fim ao litígio em questão. O conciliador tem que se comprometer com o procedimento a ser aplicado, através da aplicação das técnicas que foram treinados a utilizar, neste momento.

“O conciliador terá que ser o ouvinte e o orador, o determinado e o condescendente, sendo a paciência o ponto fundamental de uma unidade de vivência na Conciliação.” (ARAGÃO, 2003, p. 103). Ainda de acordo com o mesmo autor (2003, p. 103), o conciliador deve ter a seguinte descrição:

Partindo do perfil que deve ter o conciliador para interferir na operacionalidade do convencimento das partes, alguns requisitos desempenham esta identidade, tais como: um nível cultural apropriado, de qualidade; apresentar bom senso e equilíbrio emocional; ser educado, atencioso, cortês; ético; e sobretudo ter conhecimento jurídico-social da realidade vivenciada nacionalmente.

Neste sentido, “A conciliação se mostra eficaz em relações esporádicas, delimitadas e recortadas em determinado espaço e tempo. Exemplo típico são os conflitos que envolvem relações de consumo”. (SPENGLER, 2016, p. 106).

A conciliação é uma forma alternativa de resolução de conflitos que pode ser aplicada em diversas situações. É utilizada principalmente nos juizados especiais cíveis e criminais, por ser uma técnica que resolve grande parte dos conflitos em uma audiência, chamada de audiência de conciliação, que passou a ser utilizada em outros órgãos vinculados a justiça como por exemplo, no atendimento dos Procons e especialmente no Balcão do Consumidor, conforme será abordado no próximo capítulo.

Com a perspectiva da mudança no judiciário, bem como das formas que serão tratados os conflitos de acordo com o novo Código de Processo Civil, a mediação é uma das técnicas que serão aplicadas para a busca da solução do conflito. Sobre ela se debruça o tópico a seguir.

## 2.2 A mediação

A mediação é considerada como uma forma consensual de resolução de conflitos, pois trata-se de um processo em que uma terceira pessoa, chamada de mediador, que usa técnicas não propositivas, mas que de alguma forma facilite o acordo, que deve ser construído pelas partes, interage com elas para com isso, pôr fim a demanda.

Spengler (2012, p. 131) define mediação da seguinte forma:

A mediação é geralmente definida como a interferência, em uma negociação ou em um conflito, de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação as questões em disputa. Dito de outra maneira, é um modo de construção e de gestão de vida social graças a intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram livremente. Sua missão fundamental é restabelecer a comunicação.

A mediação pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial, dependendo do tipo de conflito que se apresenta. É considerada como um processo informal, porque não tem nenhuma regra que deverá ser seguida em relação a produção de provas daquilo que está sendo questionado. O importante é que as partes deverão participar ativamente do processo, expondo sobre sua pretensão.

As principais características da mediação, segundo Spengler (2012, p. 132-135):

- a) a privacidade, uma vez que o processo de mediação desenvolvido em ambiente secreto. [...]
- b) economia financeira e de tempo: em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos. [...]
- c) oralidade: a mediação é um processo informal. [...]
- d) reaproximação das partes: o instituto da mediação ao contrário da jurisdição tradicional, busca aproximar as partes. [...]

e) autonomia das decisões: as decisões tomadas não necessitarão seralvo de futura homologação pelo judiciário. [...]

f) equilíbrio das relações entre as partes: grande preocupação trazidapela mediação é o equilíbrio da relação entre as partes. [...]

O mediador tem um papel muito importante no processo de mediação, pois aplica técnicas de facilitação, para que haja comunicação entre as partes, “estabelece o contexto do conflito existente, mediante técnicas da psicologia e do serviço social, identifica necessidades e interesses, objetivando produzir decisões consensuais, com ajuda do direito”. (SPENGLER, 2012, p. 136). Segundo Almeida (2003, p. 193), na mediação há duas modalidades básicas a serem observadas:

A avaliadora e a facilitadora: Mediação facilitadora (também chamada de

mediação não diretiva) é aquela na qual o mediador exerce tão somente a função de facilitar a negociação entre as partes, focalizando os seus interesses e auxiliando a formação de um consenso mais célere e menos oneroso. [...]

Mediação avaliadora, a seu turno, também chamada de avaliação diretiva é caracterizada por maior liberdade do mediador. Nesta modalidade de mediação, o mediador pode opinar sobre questões de fato e de direito e, além disso, sugerir as partes a solução que considerar mais justa, bem como os termos de um possível acordo.

Atualmente a mediação é considerada como uma novidade nos meios forenses, pois ela teve seu espaço em função das mudanças do novo CPC, que trouxe a mediação como uma forma de prevenção e resolução dos conflitos.

Nessa linha, Reis (2015, p. 224) descreve o mediador da seguinte forma:

O mediador é uma pessoa neutra em relação aos interesses contrapostos, escolhida de comum acordo pelas partes, ou pertencente a câmara de mediação a que as partes livremente se vinculam, ou ainda, no caso da mediação judicial, cadastrado no juízo ou tribunal em que distribuído o processo no âmbito do qual poderá se instalar a mediação. Ao contrário do árbitro, que funciona como um juiz privado, o mediador não tem a



incumbência de decidir o litígio, mas sim ajudar, de forma isenta, imparcial e independente, na construção de uma solução equilibrada para as partes em conflito. Portanto, o mediador deve gozar de confiança das partes, sob pena de viciar o processo de construção de consenso.

Para que a mediação tenha o resultado esperado é preciso que o mediador possua habilidades autocompositivas, para isso, ele deve buscar conhecimentos específicos, para facilitar na aplicação das técnicas de mediação, colocando em prática suas habilidades. Segundo Spengler (2016, p. 32) um bom mediador precisa possuir as seguintes características:

- a) capacidade de aplicar diferentes técnicas autocompositivas. [...]
- b) capacidade de escutar a exposição de uma pessoa com atenção, utilizando determinadas técnicas de escuta ativa;
- c) capacidade de inspirar respeito e confiança no processo;
- d) capacidade de administrar situações em que os ânimos estejam acirrados;
- e) estimular as partes a desenvolverem soluções criativas [...]
- f) Examinar os fatos sob uma nova ótica para afastar perspectivas judicantes ou substituí-las por perspectivas conciliatórias;
- g) Motivar todos os envolvidos [...]
- h) Estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses:
- i) Abordar com imparcialidade além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação das partes.

O principal objetivo da mediação é o restabelecimento dos vínculos desfeitos em função do conflito, pois ela visa a aproximação, o resgate da comunicação entre as partes, para que em consequência disso, se chegar a um acordo. Facilita a continuação de uma convivência que existia antes de se apresentar o conflito, ou seja, o resgate da paz social das partes envolvidas. "A mediação é mais aplicada e tem melhores resultados em relações ditas continuadas, ou seja, aquelas que se manterão ao longo da história

dos conflitantes como é o caso das relações de parentesco, relações conjugais e de amizade.(SPENGLER, 2016, p. 105-106).

A mediação é aplicada especialmente nos conflitos que envolvem as questões de família, pois estas envolvem a emoção, os sentimentos das partes, por isso, é preciso que elas mesmas descubram a melhor forma de solucionar o litígio.

Diante da expectativa de satisfação em resolver conflitos de forma consensual, rápida e precisa buscou-se uma forma mais simples e objetiva de se chegar a um acordo, através do método de negociação, tratada no próximo item.

### **2.3 A negociação**

A negociação também é considerada como uma das formas alternativas de resolução de conflitos que ganhou espaço na medida em que não possui uma regra específica a ser seguida, simplesmente é a busca por resolver interesses comuns, de forma rápida e mais barata para as partes porque não depende necessariamente de intervenção de terceiros. O conceito de negociação, é definido por Ribeiro (2003, p. 385) da seguinte forma:

A negociação pode ser definida como a comunicação feita com o propósito de persuasão. Azevedo entende que a negociação é o método autocompositivo mais preeminente em razão do seu baixo custo operacional (ou custo processual) e sua celeridade. Deste modo, sempre que for possível a utilização da negociação para a resolução de litígios, esta deve ser escolhida evitando-se o recurso a instrumentos mais complexos e morosos.

O método de negociação, não se utiliza da intervenção de um terceiro facilitador, pois a negociação ocorre diretamente entre as partes interessadas em resolver o conflito, é um método extrajudicial e uma das principais vantagens é de que a solução para a demanda ocorre pela participação ativa e conjunta das partes. "A negociação é a forma mais comum de resolução de controvérsia, já que é a mais informal e faz parte do cotidiano. Na negociação, as partes propõem alternativas e soluções, defendendo, sem a intervenção de terceiros, seus interesses pessoais". (ALMEIDA, 2003, p. 194).

De acordo com Sayed (2006, p. 2) O processo de negociação é uma forma de comunicação entre as partes que possuem interesses comuns que se propõem a confrontar e discutir propostas claramente com o propósito de atingir um acordo. Por ser considerado como um processo é fundamental que em qualquer tipo de negociação se defina os objetivos a serem discutidos e especialmente saber como elaborar

perguntas para levantar informações úteis para uma adequada elaboração do plano da negociação conduzida.

As etapas do processo de negociação segundo Sayed (2006, p.3) são as seguintes:

- 1) Definir objetivos claros: o primeiro passo no planejamento de cada negociação é determinar os objetivos. [...]
- 2) Preparação: para negociar com êxito é preciso estar preparado [...]
- 3) Abertura: durante a negociação é extremamente importante criar-se um ambiente favorável ao entendimento desde o início, reduzindo eventuais tensões, procurando-se um consenso. [...]
- 4) Exploração: muitas vezes iniciamos uma negociação nesta etapa, esquecendo-nos das anteriores. Isto poderá ser um erro, pois o desenvolvimento será mais fácil se precedido da etapa de planejamento. [...]
- 5) Acordo: Este momento requer muita sensibilidade. Devem-se evitar a impaciência e a precipitação. [...]
- 6) Avaliação: Já concluída a negociação e distante do outro negociador, pode ser interessante verificar o saldo da negociação, os seus pontos positivos e negativos. [...]

A negociação é classificada em dois diferentes tipos, a negociação integrativa e a negociação distributiva, conforme descrito por Ribeiro (2003, p. 385):

A negociação distributiva é justamente aquela em que um ponto está sob disputa e as partes tem interesses opostos em relação a esse ponto, quanto mais uma pessoa receber menos a segunda obterá. Todavia, a existência de distintos interesses sobre um mesmo bem dada não pressupõe que estes interesses sejam opostos. Na negociação integrativa, as partes não são necessariamente oponentes não mais absolutamente verdadeira a afirmativa de que quanto mais uma receber menos a outra obterá da negociação. Na negociação integrativa as partes podem cooperar para aumentar o valor total da operação a ser eventualmente dividido.

Considerando-se que a negociação é um método autocompositivo de resolução de conflitos, presume-se com isso, que haja duas ou mais pretensões em disputa, em função disso, a vantagem da negociação é a privacidade e a liberdade de decidir em conjunto com o seu adversário, para se obter um melhor controle sobre a decisão, com isso, alcançar o resultado desejado.

No processo de negociação, segundo Sayed (2006, p. 5) o negociador precisater algumas habilidades e características, entre elas:

- a) Distanciamento emocional;
- b) Saber ouvir sabiamente, esta prática permite obter muitas respostas e identificar os interesses envolvidos na negociação, facilitando a decisão;
- c) Utilizar comunicação de forma clara e correta;
- d) Movimento corporal e gestual no processo de persuasão;
- e) Ser respeitosa, íntegro, justo, responsável, digno de confiança, tersenso de humor e autodisciplina;
- f) Ser paciente, flexível, saber lidar com as diferenças;
- g) Procurar o contínuo aperfeiçoamento;

A negociação é uma técnica que se adapta as diferenças, por isso, é aplicada em diversas situações de conflito, sejam elas em relação a negócios ou até mesmo nas questões familiares, pois o importante é chegar a um resultado satisfatório quantoas expectativas das partes.

Nos três itens anteriores, foram apresentadas as formas alternativas de resolução de conflitos, consideradas como formas autocompositivas consensuais, sendo elas, a conciliação, a mediação e a negociação. No item seguinte será analisada a arbitragem que é considerada uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos, também chamada de adversarial.

## **2.4 A arbitragem**

A arbitragem é um método de resolução de conflito que possui legislação própria, determinado pela Lei nº 9.307/96, que descreve em seus artigos as disposições gerais sobre a arbitragem, desde a convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros e do procedimento arbitral a ser adotado.

A arbitragem é tida como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos, no entanto, ela é considerada como uma forma heterocompositiva, ou seja, adversarial. A arbitragem diferencia-se de outros métodos porque nela a decisão é dada por um terceiro, chamado de árbitro, que é eleito pelas partes e sua decisão é irrecurável. De acordo com Barbosa (2003, p. 253) a arbitragem é definida como:

Meio extrajudicial de resolução de controvérsias no qual as partes outorgam a um terceiro, neutro e imparcial, o poder de decidir de maneira coercitiva problemas já surgidos ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica. Percebe-se portanto, que a arbitragem assemelha-se à decisão judicial, pois em ambos os casos um terceiro, seja ele árbitro ou juiz, decide com autoridade acerca de uma controvérsia.

É um método que resolve a lide processual, mas é considerado de certo modo inconveniente no sentido em que ele não aproxima as partes envolvidas, ou seja, não busca resolver a lide sociológica, desta forma, prejudicando as relações sociais de convivência pré-existentes, afastando-se umas das outras.

Para um melhor entendimento deste instituto, vale destacar algumas características, de acordo com Spengler (2012, p. 223-224):

- a) Ampla liberdade de contratação, já que é estabelecida pelo acordo das partes, que definem o objeto do litígio e podem escolher até mesmo as regras de direito substantivo e objetivo aplicável a ele.
- b) Pode ser usada em qualquer controvérsia que envolva direito patrimonial disponível (contratos em geral, tanto na área civil como comercial).
- c) É considerada como justiça de técnicos, na qual uma vez atendido o pressuposto da capacidade civil, poderão as partes escolher livremente os árbitros a quem confiem para que deem tratamento ao litígio.
- d) Permite ao árbitro disciplinar o procedimento caso não haja convenção das partes neste sentido.
- e) Transforma a sentença arbitral em título executivo judicial, tornando-a, portanto, eficaz como sentença declaratória ou

constitutiva.

A arbitragem é considerada como um método que pode ser aplicado tanto na forma de direito público, quanto de direito privado, considerando as partes envolvidas. “Se de direito público, significa que a arbitragem se dá entre estados; se de direito privado, os envolvidos são particulares; assinala-se que pode ocorrer o tipo misto, no qual a arbitragem acontece entre um estado e um particular.” (SPENGLER, 2012, p. 225).

Existem dois tipos de arbitragem, que merecem ser contempladas, a arbitragem institucional e a arbitragem ad hoc, o que diferencia as duas é a maneira que se realizará o procedimento, pois este é de grande importância na medida em que os envolvidos possam escolher a forma mais adequada de resolver o conflito. Segundo Spengler (2012, p. 225) essa diferença se dá da seguinte forma:

Na arbitragem ad hoc, as partes definem o desenvolvimento da arbitragem, que poderá ser de direito ou de equidade, inclusive comose acolherá o árbitro para aquele caso. Optando por uma arbitragem ad hoc, as partes simplesmente escolhem o ônus de organizar e administrar todo procedimento arbitral. Na arbitragem institucionalizada, já há uma instituição especializada em mediar e arbitrar litígios, com regulamento próprio e lista de árbitros, tudopreviamente conhecido e sabido pelas partes. Nela as partes optam por submeter-se aos dispositivos constantes no regulamento arbitral de uma instituição especializada, eu? deverá ser dotada deorganização própria para a condução do caso.

Na arbitragem há procedimentos arbitrais que devem ser observados e seguidos, assim como os princípios que os regem de forma a assegurar garantias como “o princípio da igualdade entre as partes, do contraditório e da ampla defesa, oprincípio da imparcialidade do árbitro, do livre convencimento do julgador, todos contidos no princípio fundamental do devido processo legal”. (SPENGLER, 2012, p. 233).

A partir do momento em que as partes decidem optar pela arbitragem e seus procedimentos, é necessário que se pense na figura do árbitro que possui um papel importante para o resultado esperado. Spengler (2012, p. 241), descreve o árbitro da seguinte forma:

O árbitro é toda pessoa maior e capaz que estando investido na confiança das partes é nomeado para tratar de um litígio prolatando uma decisão que o componha de modo que possa



permitir a continuidade da relação entre os litigantes após o término do procedimento arbitral.

A arbitragem por ser considerada como um método decisório mais semelhante com o processo judicial, porém mais célere e sigiloso que o mesmo, oferece algumas vantagens em seu procedimento. Pode ser aplicada nos diversos tipos de controvérsias que envolvam o direito patrimonial disponível, ou seja, nos contratos em geral.

Uma vez proferida a sentença arbitral, pelo juízo arbitral, de acordo com o descrito no artigo 18 da Lei 9.307/96, esta não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário, pois a mesma torna-se uma modalidade de título executivo judicial.

## **CONCLUSÃO**

Nos dias atuais, vivemos em uma sociedade de consumo, pois a oferta por produtos e serviços disponíveis no mercado, a publicidade empregada como forma de despertar a vontade de consumir e a facilitação do crédito acaba por gerar uma procura imensa pela satisfação de adquirir produtos e serviços, que na maioria das vezes não são de necessidade do consumidor. Como o consumidor é considerado a parte vulnerável da relação de consumo, acaba caindo na tentação das condições do mercado.

Com a preocupação em resguardar os interesses do consumidor, o Estado buscou uma forma de garantir direitos como forma de proteção ao consumidor, por isso, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que é uma norma de ordem pública, mas que busca a satisfação do interesse social, é uma garantia dos direitos dos cidadãos.

Considerando que na atualidade a busca pela solução dos conflitos gerados, tem aumentado de forma acelerada, e a procura da solução pela via jurisdicional tem sido demorada, devido ao grande número de processos existentes no judiciário, é que se procurou por formas alternativas de resolução de conflitos através da conciliação, mediação, negociação e arbitragem. Esses métodos alternativos são menos formais, com isso, proporcionam uma rapidez na solução e satisfação do litígio, são menos onerosos e na maioria das vezes mais eficazes que o processo tradicional. Possibilita o diálogo entre as partes interessadas para se construir um acordo de forma pacífica, para isso, são utilizadas técnicas auto-compositivas para cada tipo de conflito apresentado.

Enfim, a relação ao direito do consumidor e as relações de consumo também ocorrem a busca por soluções alternativas dos conflitos. Neste sentido, é relevante a importância dos sistemas estaduais e municipais na execução de políticas públicas voltadas à proteção e defesa do consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Editora Grupo de Pesquisas, 2003. P. 175-199.

ARAGÃO, Selma Regina. **Manual de conciliação** – Juizados especiais cíveis e criminais. Justiça cidadã. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito do consumidor. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. N. 69.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum e múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Editora Grupo de Pesquisas, 2003. P. 243-262.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Práticas abusivas. In:\_\_\_\_\_. BESSA, Leonardo Roscoe, MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos** – ao alcance de todos. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. In:\_\_\_\_\_. BENJAMIN, Antônio Herman V. , MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BRASIL. **Escola Nacional de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2015.

BRASIL.a. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, DF. Conselho Nacional de Justiça,2015.

MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In:\_\_\_\_\_.; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos para o judiciário. In:\_\_\_\_\_.; ROCHA, Caio César Vieira, SALOMÃO, Luís Felipe (coordenação). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 219-236.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. A utilização de algoritmos para uma negociação mais justa e sem ressentimentos – uma análise da obra de Brams e Taylor. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Editora Grupo de Pesquisas, 2003. P. 381-395.

SAYED, Kassem. **Técnicas de negociação**. Disponível em: <[http://www.prologbr.com.br/arquivos/documentos/tecnicas\\_negociacao.pdf](http://www.prologbr.com.br/arquivos/documentos/tecnicas_negociacao.pdf)>.-

Acesso em 24/03/2022.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos** – da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: EFEITOS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL**

**ADRIANNE SILVA DORNELES:**

Bacharelada em Direito pela  
Universidade de Gurupi - UnirG.

JORGE BARROS FILHO  
(orientador)

**RESUMO:** A violência obstétrica está ligada a um tipo de violência praticada em desfavor da mulher pelos profissionais da saúde, caracterizando-se pelo desrespeito, abusos e maus tratos durante a gestação ou no momento do parto. Ela pode ser feita tanto na forma psicológica quanto na forma física. É a consequência de uma atenção desumanizada, pelos quais nos dias de hoje milhares de mulheres passam quando solicitam um atendimento ou cirurgia médica. Por ser uma prática cada vez mais presente nos hospitais e clínicas, escolheu-se debater o impacto que esse delito possui para o Direito brasileiro. Desse modo, o presente estudo teve o objetivo de analisar os efeitos que a violência obstétrica possui na área penal. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura baseada em livros, artigos científicos e legislação ligada ao tema proposto. A coleta de dados se deu em base de dados como Scielo, Google Acadêmico, dentre outros. Nos resultados, ficou claro que o Direito Penal vem penalizando a violência obstétrica, ainda que ela não esteja devidamente normatizada. Nesse caso, a jurisprudência brasileira vem entendendo que se deve punir médicos e equipe médica que tenham praticado algum ato de violência com a paciente gestante, com base na responsabilidade civil e penal.

**Palavras-chave:** Gestação. Parto. Violência. Penalidade. Responsabilidade jurídica.

**ABSTRACT:** Obstetric violence is linked to a type of violence practiced to the detriment of women by health professionals, characterized by disrespect, abuse and mistreatment during pregnancy or at the time of childbirth. It can be done in both psychological and physical form. It is the consequence of a dehumanized attention, which nowadays thousands of women go through when requesting medical care or surgery. As it is an increasingly present practice in hospitals and clinics, we chose to debate the impact that this crime has on Brazilian law. Thus, the present study aimed to analyze the effects that obstetric violence has in the penal area. In terms of methodology, it was a review of the literature based on books, scientific articles and legislation related to the proposed theme. Data collection took place in databases such as Scielo, Google Scholar, among others. In the results, it became clear that Criminal Law has been penalizing obstetric violence, even though it is not properly regulated. In this case, Brazilian jurisprudence has understood that doctors and medical staff who have committed any act of violence with the pregnant patient should be punished, based on civil and criminal liability.

**Keywords:** Gestation. childbirth. Violence. Penalty. Legal liability.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Descrevendo a violência obstétrica. 3. O Direito Penal na violência obstétrica. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A violência é uma das ações que mais denigre o ser humano. É o ato que traz prejuízos (muitos deles insuperáveis e permanentes) de toda ordem para o indivíduo, afetando diretamente o principal princípio da Constituição Federal de 1988: o da Dignidade da Pessoa Humana. Por essa razão, entre os vários tipos de violência existente, para fins desse estudo, apresenta-se o da violência obstétrica.

A violência obstétrica é uma terminologia oriunda do Dr. Rogelio Pérez D' Gregório, presidente da Sociedade de Obstetrícia de Ginecologia da Venezuela. Formulado o conceito por esse profissional, esse tipo de violência é entendido como aquela praticada em desfavor das parturientes, agredindo a sua integridade física, moral e psicológica. Ela pode ser realizada tanto pelos profissionais de saúde quanto pelas instituições de saúde (MASCARENHAS; PEREIRA, 2017).

A violência obstétrica perpassa por três momentos distintos de uma gestação: o pré-parto; o parto e o pós-parto. Por se tratar de uma violência contra a mulher, é a gestante a principal vítima desse ato. Assim, ela é fundamental nesse cenário, uma vez que possui o poder decisório no decorrer desses momentos (AZEVEDO, 2017).

A prática da violência contra as gestantes, ainda que já existente desde os primórdios da civilização, é pouco ou quase nunca abordada em terras brasileiras. Devido ao fato de ocorrer em grande parte nas maternidades e hospitais, é mínimo o índice de pesquisas e estudos voltados a analisar e observar esse delito. Somente com os casos recentes vindo a público pela mídia, é que se tem observado um maior interesse por esse ato.

A título de exemplo, de acordo com a pesquisa Nacer no Brasil, coordenada pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP-Fiocruz), apenas metade das mulheres dá à luz de acordo com as boas práticas obstétricas (SCHIAVON, 2022).

De todo modo, independentemente de seu interesse público e jurídico, o fato é que esse tipo de violência é bastante cometido nos estabelecimentos de saúde, o que mostra o quão vulnerável estão as gestantes nesses locais, que deveria, a priori, ser o mais seguro e confiável possível, principalmente num momento tão delicado e íntimo quanto uma gestação.

Os efeitos que essa violência causa à mulher é danoso e perturbador, deixando sequelas por toda uma vida. Muitas delas adquirem traumas e conflitos por muito tempo, vide o fato de que elas vivem essa situação solitariamente (FRANCO; MACHADO, 2016).

Frente a esse cenário, nasce algumas questões aos quais ainda precisam ser debatidas. Dentre as mais notórias, encontra-se: Como se dá a configuração da violência obstétrica? e; qual a penalidade para aqueles que cometem a violência obstétrica?

Por meio dessas questões acima apresentadas, o presente estudo teve como finalidade discorrer a respeito da violência obstétrica no Brasil. Para além de conceituar e estabelecer as principais características desse ato, buscou-se analisar a criminalização (ou não) dessa violência na legislação penalista brasileira.

Cabe destacar que a discussão sobre a violência obstétrica é de suma importância, uma vez que tendo como base a igualdade e dignidade humana, e pressupondo a vulnerabilidade da mulher frente a essa situação, se faz necessário discutir a responsabilização dos agentes de saúde que de algum modo realizou atos agressivos que tenham prejudicado a gestante.

Ademais, no campo metodológico, esse estudo teve base no método qualitativo. Sendo uma revisão de literatura, esta pesquisa bibliográfica foi feita por meio de leituras das leis, especialmente o de natureza penal, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

Esta pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de junho e julho de 2022.

## **2. DESCREVENDO A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Para entender melhor sobre a violência obstétrica, é preciso voltar no tempo e compreender os movimentos que fizeram a surgir-la. Historicamente, em meados do fim dos anos 50, nos Estados Unidos foi editada uma reportagem na revista *Ladies Home Journal*, que tinha como público alvo, as donas de casa norte-americanas, trouxe uma série denúncias de graves atos de violência feito por médicos e demais profissionais da saúde em desfavor de mulheres e seus bebês no decorrer do período gestacional (BEZERRA et al. 2018).

De acordo com a matéria da presente revista, as parturientes eram submetidas a tratamentos análogos à tortura, onde eram amarradas e algemadas nos seus pés e nas suas mãos com o intuito de enganchar-se ao leito no período do trabalho de parto. Por conta disso, surgiam hematomas e lesões em toda parte dos seus corpos (BEZERRA et al. 2018).



Esses atos eram fundamentados tendo como base no esforço em controlar os efeitos causados pelo *twilight sleep* (sono crepuscular – tradução livre), que consistia numa técnica alemã onde se inseria uma substância constituída de morfina e escopolamina, cuja consequência era ter quadros de alucinações e fortes agitações psicomotoras no decorrer do parto e no pós-parto. Com isso, os profissionais de saúde agiam com tortura e violência com as parturientes (BEZERRA et al. 2018).

Apesar disso, como bem acentua Lansky et al. (2019) esse método que tinha a alcunha de “parto indolor”, nada mais era do que um mito, uma vez que mesmo que as pacientes estivessem em estado de semiconsciência e amnesia, que as tornavam incapazes de se lembrar dos efeitos recentes, não significava necessariamente que não tiveram dor no parto.

Ainda sobre esse cenário Tesser et al. (2015) descrevem que as mulheres, em sua grande maioria, se debatiam e se machucavam, além de gritarem, o que era imediatamente repreendido pelos profissionais ali presentes, que às prendiam em suas camas, para que não caíssem no chão. No período em que tivessem que estar nas camas, eram amarradas sem qualquer conforto ou segurança. Seus bebês eram retirados à força através do uso irrestrito de fórceps.

Diante desses fatos, houve já naquele período, uma enorme repercussão nos Estados Unidos. Com a publicação da matéria jornalística, muitas mulheres americanas começaram a compartilhar depoimentos semelhantes aos expostos na reportagem. Isso acabou por impulsionar mudanças importantes na maneira como a assistência médica era realizada com as parturientes (TESSER et al. 2015).

Ainda nesse período, em outras partes do mundo, começou também a publicar reportagens que mostravam os maus tratamentos sofridos pelas gestantes no período puerperal. Como exemplo, na Europa, através do texto do *AIMS Journal* (2007), foi criada uma entidade que tinha a finalidade de criar e implementar ações de prevenção à violência sofrida pelas mulheres grávidas (TESSER et al. 2015).

Tais movimentos foram o ponto inicial para que a discussão acerca desse tipo de violência começasse a ser debatido pela sociedade e pela comunidade médica. O termo violência obstétrica, criado pelo Dr. Rogelio Pérez D’ Gregório, presidente da Sociedade de Obstetrícia de Ginecologia da Venezuela, vem do conceito de *disrespect and abuse during childbirth*, e se tornou a base internacional para estabelecer o que seja esse tipo de agressão (FIORETTI, 2014).

Assim, a violência obstétrica é designada como quaisquer ato de violência realizado contra a mulher grávida, parturiente ou puérpera exercido no período da assistência

profissional, afetando a sua dignidade (física, mental e psicológica), autonomia e preferência (FIORETTI, 2014).

Esse tema foi reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2014, como uma questão de saúde pública que atinge diretamente as mulheres e seus bebês<sup>125</sup>.

Conceitualmente a violência obstétrica pode ser entendida como uma ação ou omissão voltada à mulher no período mais importante da sua vida: o pré-natal, parto ou puerpério. Aqui há a existência de atos agressivos que gerem dor, dano ou sofrimento desnecessário à mulher. Em grande parte dos casos, esses atos ocorrem sem a sua anuência, desrespeitando a sua autonomia, escolhas e preferências (PAES, 2019).

Azevedo (2017) em sua definição entende que a violência obstétrica é um ato (ou a falta dele), dolosa ou culposa, que agride o aspecto físico, mental e psicológico da mulher grávida e que ao ser exercido por profissionais da saúde, venha lhe causar danos e prejuízos de toda forma.

Mascarenhas e Pereira (2017) por sua vez destaca que essa ação pode ser ainda vista nos casos de aborto autorizado legalmente, quando há uma violação ao direito de assistência médica da mulher, implicando em abuso, maus tratos ou a ausência de respeito à autonomia feminina sobre o próprio corpo.

Em um conceito mais amplo e formal, destaca-se:

Entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicação e de patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na vida das mulheres (VENEZUELA, 2007, *apud* BEZERRA et al. 2018, p. 06).

Além desses conceitos acima apresentados, a violência obstétrica também pode ser encontrada em diversas situações. Como bem exemplifica Leal et al. (2018) ela é vista na demora na assistência, na recusa de internações nos serviços de saúde, na falta de cuidado básico, na negativa na administração de analgésicos, na prática de maus tratos físicos, verbais e/ou psicológicos, na detenção de mulheres e seus bebês nas instituições de saúde, entre outros.

---

<sup>125</sup> Organização Mundial da Saúde (OMS). *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde* Genebra: Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa/OMS; 2014

Carneiro (2017, p. 03) descreve várias ações que podem ser interpretadas como uma violência obstétrica; a saber:

- Lavagem intestinal e restrição de dieta
- Ameaças, gritos, chacotas, piadas, etc.
- Omissão de informações, desconsideração dos padrões e valores culturais das gestantes e parturientes e divulgação pública de informações que possam insultar a mulher
- Não permitir acompanhante que a gestante escolher
- Não receber alívio da dor

Na busca por uma melhor compreensão da complexidade que é entender a violência obstétrica, apresenta-se abaixo o Quadro 1, feito pelos autores Tesser et al. (2015) onde categorizou de forma sintética as principais formas de violência obstétrica associando-as aos direitos tutelados.

**QUADRO 1 – CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

<b>CATEGORIAS DE DESRESPEITO E ABUSO</b>	<b>DIREITOS CORRESPONDENTES</b>	<b>EXEMPLOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA</b>
Abuso físico	Direito à liberdade corporal	Toques vaginais dolorosos e repetitivos, cesáreas eletivas e episiotomias desnecessárias, imobilização física em posições dolorosas, etc.
Determinação de intervenção não autorizadas	Direito à informação, ao consentimento informado e à recusa	Realização de episiotomia em mulheres que verbalmente ou por escrito não autorizaram essa intervenção; desrespeito ou desconsideração do plano de parto, indução à cesárea por motivos duvidosos, etc.
Cuidado não confidencial	Direito à confidencialidade e privacidade	Exposição de informações e dados particulares e

		alegação de ausência de privacidade para justificar o desrespeito ao direito a acompanhante.
Assistência indigna e abuso verbal	Direito à dignidade e ao respeito	Maneiras de diálogo desrespeitosas, ridicularização da dor, desmoralização dos pedidos de ajuda e humilhações de caráter sexual.
Discriminação	Direito à igualdade e a não discriminação	Tratamento diferencial com base em atributos considerados positivos (casada, com gravidez planejada, branca, mais escolarizada, de classe média, saudável, etc.) em relação as demais que não se enquadram nessas características.
Abandono, negligência ou negação à assistência	Direito ao cuidado à saúde em tempo oportuno	Abandono às grávidas que são vistas como queixosas, descompensadas ou demandantes.
Detenção nos serviços	Direito à liberdade e a autonomia	Mulheres grávidas que são retidas até que saldem as dívidas com os serviços.

**Fonte:** Tesser et al. (2015)

Frente ao exposto até aqui, nota-se que uma agressão à mulher grávida no período gestacional é aquela que fere qualquer indício de sua dignidade, que a deixa em estado ainda maior de vulnerabilidade e exposição a perigos além da condição ao qual se encontra. Por essa razão, tem-se discutido formas de responsabilização dos agentes causadores desses atos. A respeito disso, apresenta-se o tópico a seguir.

### **3. O DIREITO PENAL NA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Na legislação brasileira, a violência obstétrica ainda não encontra uma normatização específica. Essa lacuna acaba por gerar diversas críticas, uma vez que os casos dessa natureza tem sido cada vez mais evidenciado nos hospitais e clínicas. A cada dia, mais mulheres são vítimas desse tipo de agressão.

Apesar de o Direito Penal não possuir uma regra específica que discorra sobre essa prática, é possível encontrar outras normas que se enquadram na presente situação. Dessa forma, enfatiza-se que todo profissional de saúde que cometa alguma violência obstétrica no Brasil, responderá civilmente e penalmente pelo ato.

No âmbito civilista, encontra-se o instituto da responsabilidade civil, formalizado pelo art. 5º incisos V e X da Constituição Federal de 1988. Assim, com base nesse artigo, entende-se que qualquer ação que traga danos a um terceiro, deverá ser civilmente responsabilizado ou indenizado. Aqui, qualquer pessoa, natural ou jurídica e em qualquer situação, possui a obrigação de se responsabilizar pelos efeitos de um ato, fato, ou negócio danoso (BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, o Código Civil solidificou esse entendimento, por meio do art. 186. Nesse caso, há de se falar da responsabilidade civil objetiva, que conforme explica Schreiber (2022, p. 53) é aquela que tem como fundamento o elemento objetivo, o dano. Para esta corrente da responsabilidade objetiva, basta apenas que exista o dano, para surgir o dever de indenizar, dispensando a configuração de culpa por parte do agente causador do dano, sendo necessária apenas a comprovação da autoria e do dano, para que fique o autor da lesão abrigado a indenizar a vítima.

Com base nisso, compreende-se que os profissionais de saúde que tenham feito algum ato de violência obstétrica podem ser responsabilizados civilmente pelos prejuízos causados às vítimas. Para a justiça brasileira, enquadra-se essa situação em erro médico.

Conceitualmente, entende-se que o erro médico é “a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência” (RIOS, 2022, p. 25). O profissional nesses casos é responsabilizado tanto na esfera civil quanto na esfera penal. Além disso, há a possibilidade de aplicação de sanções administrativas do Conselho Federal de Medicina, que a depender da gravidade do dano, pode resultar na proibição do exercício da profissão.

Como exemplo, encontra-se a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) de nº 1931, de 17 de setembro 2009, que em seu texto promulga as instruções pelos quais os médicos devem se guiar no exercício de sua profissão; a saber:

## Capítulo I

### PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

VI- O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

## Capítulo III

### RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida. Art. 14 Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação no País.

## Capítulo IV

### DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-la de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art.24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua esposa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.



(BRASIL, 2009)

Ao observar tal trecho acima destacado, verifica-se que o médico (assim como a sua equipe) possui a obrigação de zelar pelos seus pacientes, seja no período anterior ou posterior da operação médica (BRASIL, 2009).

Dentro desse cenário, também fica evidente destacar que tanto o médico e sua equipe quanto os estabelecimentos de saúde são responsabilizados pela ocorrência de uma violência obstétrica (SILVA; SERRA, 2017).

No caso dos estabelecimentos de saúde, o artigo 37 § 6º da Constituição Federal deixa claro que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos atos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” (BRASIL, 1988).

Soma-se a isso o texto do art. 43 do Código Civil que enfatiza que as pessoas jurídicas de direito público interno são “civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (BRASIL, 2002).

Souza (2020) esclarece, no entanto, que um estabelecimento de saúde pode ingressar com uma ação judicial contra o médico, no caso de ele periodicamente fazer uso das instalações do hospital ou clínica para realizar os procedimentos cirúrgicos, uma vez que existe uma relação entre o médico e o estabelecimento de saúde.

Mais especificamente na área penal, foco central dessa pesquisa, conforme já citado anteriormente, em seu ordenamento não há um artigo ou lei que disponha sobre a violência obstétrica. Todavia, isso não afasta a penalização criminal dos agentes causadores da presente agressão.

A legislação penal possui em seu regramento de artigos e leis, várias condutas tipificadas que podem adentrar na violência obstétrica. Como exemplo, pode-se citar: injúria, maus-tratos, ameaça, constrangimento ilegal, lesão corporal e não raramente à tentativa de homicídio, todos encontrados no Código Penal Brasileiro.

Como forma de explicar essas condutas aplicadas ao tema em debate, apresenta-se:

**Injúria:** são as ofensas que a mulher grávida recebe, que tem como efeito o desrespeito a sua dignidade. Nesse caso a pena é de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção e multa.

**Maus-tratos:** caracteriza-se pela ausência de atendimento básico do médico e de sua equipe. A pena é de até 1 (um) ano de detenção.

**Ameaça:** pode ser vista nos casos onde o profissional de saúde profere frases de cunho ameaçador, onde deixa claro que se a mulher grávida não “obedecer” sofrerá consequências terríveis que pode prejudicar a sua saúde e a do bebê. Nesse caso, a pena prevista é de 1 (um) a 8 (seis) meses de detenção.

**Constrangimento ilegal:** configura-se com a exposição das partes íntimas das mulheres grávidas, além da prática de procedimentos desnecessários ou não autorizados pela mesma; a pena prevista é de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, ou multa.

**Lesão corporal:** aqui tem-se os casos onde há um dano corporal, como por exemplo a episiotomia; a pena pode chegar a 8 (oito) anos de reclusão, conforme a gravidade da situação.

**Homicídio:** caso mais grave de violência obstétrica, ele pode ocorrer em razão das graves lesões sofridas pela parturiente; a pena é de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos).

(OLIVEIRA, 2020, p. 13)

Somados às situações acima previstas penalmente, há ainda outros atos correspondentes à violência obstétrica que podem ser devidamente penalizados. Lima (2019) apresenta alguns exemplos, tais como a **laqueadura tubária** (lesão corporal gravíssima – art. 129, § 2.º, inciso III. Pena, reclusão de 2 a 8 anos) e a **esterilização compulsória de deficientes** (lesão corporal gravíssima pela perda ou inutilização da função, *ibidem*).

Além disso, cabe citar o **aborto causado por outrem**, que no caso presente se enquadra no art. 125 do código penal, cuja pena é de reclusão de 3 a 10 anos. Há um aumento da pena de 1/3 se ocorrer lesão corporal grave, e em caso de morte, será duplicada (LIMA, 2019).

Dentro da violência obstétrica é muito comum a ocorrência da episiotomia, que é caracterizado como um procedimento cirúrgico onde há um corte no períneo (localizado entre o ânus e a vagina) que auxilia a passagem do bebê. Tal procedimento vem sendo visto como um ato de violência à parturiente, porque gera diversas complicações (SILVA; SERRA, 2017).

Com isso, caso seja necessário fazer a episiotomia, é preciso antes, disponibilizar todas as informações necessárias, além da autorização da parturiente. Caso o médico realize-o de maneira inadequada, o mesmo deve ser responsabilizado criminalmente, com base no delito de lesão corporal (art. 129, CP). Se esse procedimento resultar na morte da mulher ou do nascituro, este profissional responderá pelo crime de homicídio culposo, com aumento de pena (art. 121, § 3º do CP). (CARVALHO, 2020)

Insta salientar que todo procedimento que não seja devidamente informado à mulher grávida e posteriormente autorizado, caso haja complicações e danos, o médico responsável responderá pelo crime de lesão corporal. Inclui-se também nesses casos, a prática de abuso numa intervenção, que se enquadra no delito de constrangimento ilegal (MORAES, 2020).

A respeito dessa situação, cabe destacar a seguinte jurisprudência:

**APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PARTO NORMAL COM EPISIOTOMIA. ART. 121, § 3º, DO CP. INCIDÊNCIA DE MAJORANTE DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. PENA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO.** Demonstrado que o réu agiu com negligência, imprudência e imperícia, e que dita conduta levou a paciente a óbito, pois, após o parto com episiotomia, deixou de realizar procedimento de revisão do reto, o que propiciou a comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando com infecção generalizada, que evoluiu com a morte da vítima [...]. (Apelação Crime nº 70053392767, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 14/11/2013).

Conforme apresentado no julgado acima, ficou nítido constatar, com base nos autos do processo, que posterior à realização do parto com o procedimento de episiotomia, o profissional de saúde responsável se ausentou de realizar a revisão do reto, que por essa razão acabou por gerar uma fístula, e em seguida uma infecção generalizada, que no fim resultou em morte da mulher a 27 dias depois de realizado o parto. Dessa forma, devido ao fato de que o médico não agiu de forma prudente e correta, foi condenado pelo crime de homicídio culposo.

Também como exemplo muito comum nessas situações, é a *Manobra de Kristeller*. Este é considerado como violência obstétrica ocorrida no parto normal onde se insere uma excessiva pressão na parte superior do útero com o intuito de acelerar o parto (CARVALHO, 2020).

A manobra de Kristeller é amplamente criminalizada em várias nacionalidades, tais como a Venezuela. No território pátrio, o Ministério Público já se posicionou no sentido pela não indicação desse procedimento, em razão dos efeitos negativos causados à parturiente e ao nascituro, e, principalmente para a parturiente. No âmbito penalista, aplica-se o art. 129 (CP) de acordo com a intenção do agente e o tipo de lesão que venha ocasionar a paciente. Se porventura essa conduta resultar em uma lesão corporal culposa, será aplicado o disposto no § 6º, do art. 129 do texto penalista (CARVALHO, 2020).

A jurisprudência brasileira já vem condenando esse tipo de procedimento, conforme expõe-se abaixo:

APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. **ERRO MÉDICO**. Pretensão dos autores (mãe e filho) de condenação do hospital réu ao pagamento de indenização por danos morais em razão da falha na prestação de serviços. Sentença de procedência. Responsabilidade objetiva do nosocômio (art. 14 do CDC). Ausência de prova da inexistência da falha na prestação dos serviços ou da culpa exclusiva dos requerentes pelo dano sofrido (art. 14, §3º, do CDC). Perícia que reconheceu a falha na prestação do serviço em razão da utilização de **manobra de Kristeller mal executada** e que não afastou o nexo causal pelos danos sofridos pelo conceito (hematoma cerebral). Danos morais verificados. Indenização mantida em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para cada um dos autores. Adequação do quantum indenizatório tendo em vista a ausência de sequelas da prematuridade e da hipoxemia neonatal. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. (1123283-44.2017.8.26.0100. TJSP. 3º Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Relator: Beretta da Silveira. Data do Julgamento: 05/11/2021. Data de Publicação: 05/11/2021). (grifo meu)

No caso presente, ficou evidente constatar a falha na prestação de serviços em razão da utilização da manobra de Kristeller, prática não recomendada pelo Ministério da Saúde e pela OMS e que ainda foi realizada de maneira inapropriada, além da perícia confirmar a falha na prestação do serviço em razão da utilização de técnica que oferece riscos à mãe e ao conceito. Mesmo porque nenhum indício há de que o hematoma cerebral do recém-nascido tenha outra causa que não os movimentos bruscos da manobra.

Na decisão proferida, o relator deixou claro que para além do caso concreto analisado, é de conhecimento geral que a manobra de Kristeller não tem respaldo da maioria dos profissionais da saúde devido aos riscos que oferece, principalmente se a técnica não for aplicada da maneira correta, tal como na hipótese vertente.

Importante destacar, que mesmo que haja a possibilidade de penalização dos agentes causadores do delito pela norma penal brasileira, nem todos os tipos penais serão considerados. Essa afirmativa, como explica Moraes (2020) se dá pelo fato de que determinados delitos podem ser resultado de execução de outros, que nesse caso, o crime mais grave é o penalizado.

De todo modo, a jurisprudência brasileira é pacífica no entendimento de que a violência obstétrica é plenamente criminalizada, com base no Direito Civil, Direito Penal e em determinados casos, no Direito do Consumidor.

Quando configurado danos à mulher grávida e ao bebê, cabe em sede dos institutos de Responsabilidade Civil e Danos Morais a aplicação ao caso. A esse respeito, importante citar a presente decisão judicial:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. ERRO MÉDICO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DEVIDA.** AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DOS DANOS MATERIAIS. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A parturiente, a par da episiotomia intempestiva e indevida, fruto de erro médico com a insistência na realização de um inviável parto pela via baixa, conforme expressamente consta do laudo pericial, foi submetida posteriormente a parto cesariana com manobra de Zavanelli, intercorrências e internação da recém-nascida em UTIN por 28 dias. A responsabilidade civil do Estado desponta, diante da prova escorreita do dano e do nexo causal, guardando amparo jurídico o dever de indenizar, na hipótese, o dano moral, nos termos do que dispõem os arts. 37, § 6º, da Constituição Federal e 12 do Código Civil. 2. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define violência como a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis. **A identificação com a violência obstétrica e psicológica sofrida pela parturiente configura o dano moral que deve ser compensado como um lenitivo à vítima, bem assim à recém nascida, se presentes os elementos da responsabilidade civil.** 3. É evidente, portanto, que a insistência indevida com o parto inviável por via baixa, culminando com episiotomia intempestiva e indevida, bem assim a imperícia e a imprudência a que submetida a autora no sensível momento do parto, posteriormente efetivado por cesariana

com manobra de Zavanelli e intercorrências, representou um quadro de traumático sofrimento, agravado em seguida pela angustiante permanência da recém-nascida, com saúde comprometida e risco de vida, em leito de UTIN por 28 dias, a amparar a pretensão de majoração da indenização fixada para o valor pretendido de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). 4. **De igual modo, a indenização à criança merece majoração** para R\$40.000,00 (quarenta mil reais), a despeito de inexistir sequela ou incapacidade permanente atual, isso porque, conforme consta expressamente do laudo pericial, padeceu de sofrimento intenso e injustificado, diante do tocotraumatismo com anóxia intraparto e sofrimento fetal agudo, com várias intercorrências durante os 28 dias na UTNI, tais como Infecção presumida, sepse tardia, hemorragia digestiva alta, flebites em local de punção venosa. [...]. (00229072120158070018 - (0022907-21.2015.8.07.0018 - Res. 65 CNJ). 2º Turma Cível. Relatora: SANDRA REVES. Data de Julgamento: 11/11/2020. Publicado no DJE: 26/11/2020). (grifo meu)

Apesar de muito frequente encontrar julgados na área Civil para o presente tema, notou-se durante a coleta de dados, pouco material que direcionasse essa temática na área penal. Isso se deve pelo fato de que não há uma norma penalista mais específica que penalize especificamente esse crime.

Esse fato ainda é uma lacuna pelo qual o Direito Penal brasileiro precisa preencher. Ainda que, como bem mostrado no decorrer desse estudo, médicos e equipes médicas possam ser responsabilizados criminalmente pelos danos causados às parturientes, fica ainda nítido a sensação de maior formalização da violência obstétrica.

Apesar dessa barreira, é possível encontrar movimentos jurídicos que visem driblar esse obstáculo. No Brasil, atualmente, já se encontra alguns Projetos de Lei que buscam criminalizar a respectiva conduta. Para citar um exemplo, o Estado de São Paulo possui o Projeto de Lei nº 1.130/2017 de autoria da deputada Leci Brandão, onde no seu artigo 6º, incisos II e III, normatiza a responsabilização administrativa, civil e criminal do profissional ou agente de saúde; do gestor de saúde, diretor clínico ou responsável pelo estabelecimento onde o descumprimento da lei ocorreu (BRASIL, 2017).

Além deste, também se cita o Projeto de Lei nº 8.219/17, de autoria do Deputado Francisco Floriano que penaliza a violência obstétrica, pelo qual a pena seria de detenção (seis meses a dois anos) e multa. No caso da ocorrência da episiotomia, a pena seria de detenção (um ano a dois anos) e multa (BRASIL, 2017).

Mesmo que seja necessária uma lei que regule mais especificamente essa violência,



na doutrina jurídica brasileira esse entendimento não é uniforme. Brandão (2019) explica que caso se crie uma norma que penalize tal conduta, pode-se correr o risco de haver uma hipercriminalização do Direito Penal, uma vez que essa matéria já pode ser enquadrada em diversos tipos penais (citados anteriormente).

Ao explicar esse movimento, Nucci (2014) cita que hipercriminalização está ancorada no fato de que, devido aos avanços tecnológicos e sociais, o Direito Penal deve atender esses avanços, criminalizando-os conforme surja novos tipos de condutas ilícitas.

Novamente Brandão (2019), entende que a criação de novas leis pode gerar uma excessiva criminalização de condutas que poderiam se enquadrar nas já existentes. Ou seja, haveria uma criação de mais normas apenas para satisfazer os anseios sociais e não por um código penalista objetivo e claro.

Essa realidade é vista por Queiroz (1998 *apud* BRANDÃO, 2019, p. 01) como: “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos”.

Apesar desse entendimento, para fins dessa pesquisa, compreende-se necessária uma legislação própria para a violência obstétrica, em razão de entender que a gravidade desse ato não atinge somente a mulher grávida e ao bebê, mas a toda a família e a sociedade.

É preciso que as parturientes se sintam protegidas ao realizar o parto, não podendo serem vítimas de maus tratos ou de ausência de atendimento. Num momento tão delicado quanto este, é fundamental que nos casos em que se configure uma violência à sua dignidade e honra, a vítima obtenha meios específicos que a amparem legalmente.

A hipercriminalização, ainda que seja de fato um problema na legislação brasileira, no caso presente, não pode ser impeditivo para que se crie uma lei federal que penalize severamente médicos e equipes médicas que atuem com extrema violência com as vítimas.

Nesse sentido, oportuno mencionar a Lei nº 18.322/2022 oriunda do Estado de Santa Catarina, que em seu art. 3º apresenta um rol não taxativo de situações que podem ser consideradas ofensa verbal ou física a serem classificadas como violência obstétrica; a saber:

Art. 3º Para efeitos da presente Lei considerar-se-á ofensa verbal ou física, dentre outras, as seguintes condutas:

I - tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer outra forma que a faça se

sentir mal pelo tratamento recebido;

II - fazer graça ou recriminar a parturiente por qualquer comportamento como gritar, chorar, ter medo, vergonha ou dúvidas;

III - fazer graça ou recriminar a mulher por qualquer característica ou ato físico como, por exemplo, obesidade, pelos, estrias, evacuação e outros;

IV - não ouvir as queixas e dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto;

V - tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, tratando-a como incapaz;

VI - fazer a gestante ou parturiente acreditar que precisa de uma cesariana quando esta não se faz necessária, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados e sem a devida explicação dos riscos que alcançam ela e o bebê;

VII - recusar atendimento de parto, haja vista este ser uma emergência médica;

VIII - promover a transferência da internação da gestante ou parturiente sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local;

IX - impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência durante todo o trabalho de parto;

X - impedir a mulher de se comunicar com o "mundo exterior", tirando-lhe a liberdade de telefonar, fazer uso de aparelho celular, caminhar até a sala de espera, conversar com familiares e com seu acompanhante;

XI - submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas, exame de toque por mais de um profissional;

XII - deixar de aplicar anestesia na parturiente quando esta assim o requerer;

XIII - proceder a episiotomia quando esta não é realmente imprescindível;

XIV - manter algemadas as detentas em trabalho de parto;

XV - fazer qualquer procedimento sem, previamente, pedir permissão ou explicar, com palavras simples, a necessidade do que está sendo oferecido ou recomendado;

XVI - após o trabalho de parto, demorar injustificadamente para acomodar a mulher no quarto;

XVII - submeter a mulher e/ou bebê a procedimentos feitos exclusivamente para treinar estudantes;

XVIII - submeter o bebê saudável a aspiração de rotina, injeções ou procedimentos na primeira hora de vida, sem que antes tenha sido colocado em contato pele a pele com a mãe e de ter tido a chance de mamar;

XIX - retirar da mulher, depois do parto, o direito de ter o bebê ao seu lado no Alojamento Conjunto e de amamentar em livre demanda, salvo se um deles, ou ambos necessitarem de cuidados especiais;

XX - não informar a mulher, com mais de 25 (vinte e cinco) anos ou com mais de 2 (dois) filhos sobre seu direito à realização de ligadura nas trompas gratuitamente nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS);

XXI - tratar o pai do bebê como visita e obstar seu livre acesso para acompanhar a parturiente e o bebê a qualquer hora do dia.

(BRASIL, 2022)

Com o exemplo mostrado acima, fica evidente constatar a importância em se ter uma norma que regule o máximo possível de condutas degradantes e violentas contra as mulheres grávidas no período gestacional. Ao sofrerem abusos e demais atos criminosos, elas precisam que haja justiça pelos danos sofridos.

Além disso, também é importante destacar as medidas de prevenção. *In casu*, a própria Lei acima citada traz no seu art. 36 uma possibilidade, ao enfatizar que o Poder

Executivo, através da Secretaria de Estado da Saúde, tem de criar uma Cartilha dos Direitos da Gestante e da Parturiente, onde conterà dados, informações e esclarecimentos precisos para um atendimento hospitalar digno e humanizado, objetivando o saneamento da violência obstétrica (BRASIL, 2022).

Assim, finaliza-se esse estudo enfatizando novamente a urgência em se ter uma norma Federal que legalize a violência obstétrica, porque trará segurança às milhares de mulheres grávidas que tem sido vítimas diariamente desse crime.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo teve como foco central discorrer a respeito da violência obstétrica. *A priori*, ficou claro, como bem destaca a Organização Mundial da Saúde (OMS) que essa violência se refere a abusos, desrespeitos e maus-tratos durante o parto contra as mulheres e seus bebês nas instituições de saúde, configurando uma clara violação dos Direitos Humanos.

Não existe uma lei definindo o que é violência obstétrica no Brasil e nem a sua criminalização. No entanto, ainda, que não tenha uma legislação específica, aqueles que praticam a violência obstétrica sofrem às responsabilidades civis e penais. Partindo da possibilidade de responsabilizações, faz-se necessário que a violência obstétrica seja declarada pelos agentes de Justiça e analisadas nos julgamentos.

No campo penal, área em foco nessa pesquisa, ficou evidente que atualmente, a violência obstétrica se enquadra em alguns tipos penais existentes, tais como a injúria, os maus-tratos, a ameaça, o constrangimento ilegal, a lesão corporal e o homicídio.

Em que pese a importância em se discutir esse tema, o que ficou claro é que praticadas contra o gênero feminino, a violência obstétrica faz com essas pessoas sejam vítimas de normas e rotinas rígidas e muitas vezes desnecessárias, que não respeitam os seus corpos e os seus ritmos naturais e as impedem de exercer seu protagonismo.

Muitas mulheres sofrem diariamente algum tipo de violência obstétrica no momento mais delicado de suas vidas: a gestação. Na busca pela igualdade e dignidade humana, partindo da presunção da vulnerabilidade da mulher diante de sua assistência sexual e reprodutiva em especial no período puerperal, fica evidente considerar que é urgente a criação de uma norma federal que penalize especificamente aqueles que cometem a violência obstétrica.

Exemplos como a Lei nº 18.322/2022 do Estado de Santa Catarina é um ótimo indicio de como essa violência pode ser cometida de várias formas, e como é importante uma norma que atinja a todas as mulheres no território nacional. A criação de uma Lei Federal

não corresponde a uma hipercriminalização, mas sim um fator de prevenção e justiça a esses casos.

Desse modo, esse estudo entende que a precisão em estabelecer de modo geral o que seja uma violência obstétrica, seus tipos, formas e meios de configuração, bem como a devida penalização de seus agentes é extremamente necessária. Com a norma vigente, pode-se vislumbrar um melhor entendimento sobre esse tema em solo nacional.

Além da importância em se ter uma norma específica, também se entende que se deva dar uma atenção maior à prevenção. Nesse caso, campanhas de conscientização tanto de mulheres quanto dos profissionais de saúde devem ser feitas, por meio de palestras e cursos.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Precisamos falar sobre a violência obstétrica**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-16/julio-azevedo-precisamos-falar-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BEZERRA, Cairo José Gama et al. **Violência Obstétrica: uma dor além do parto**. 2018. Disponível em: <<https://www.unibalsas.edu.br/wp-content/uploads/2017/01/TCC-CAIRO-BEZERRA.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

BRANDÃO, Roberta Barros Correia. **A hipertrofia legislativa decorrente da inobservância do Princípio da Intervenção Mínima em sede de Direito Penal**. Revista Âmbito Jurídico, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Aceso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 18.322, de 05 de janeiro de 2022**. Consolida as Leis que dispõem sobre Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Disponível em: <[http://leis.ale.sc.gov.br/html/2022/18322\\_2022\\_lei.html](http://leis.ale.sc.gov.br/html/2022/18322_2022_lei.html)>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.130, de 2017**. Dispõe sobre a prevenção da violência obstétrica no âmbito da assistência perinatal e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000196412>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.219, de 2017**. Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170825001460000.PDF#page=262>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

CARNEIRO, Ana Catarine. **Você sabe o que é violência obstétrica?** 2017. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/promocao-da-saude/53079-voce-sabe-o-que-e-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CARVALHO, Yasmin. **Violência obstétrica e a Responsabilidade criminal – Qual a tipificação deve ser aplicada nesses casos?** 2020. Disponível em: <<https://portaljurisprudencia.com.br/2020/09/12/violenciaobstetricaeresponsabilidade-criminal-qual-tipificacao-deve-ser-aplicada-nesses-casos/>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

FIORETTI, B. **Nascer no Brasil: parto, da violência obstétrica às boas práticas**. DVD. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2014.

FRANCO, Luciele Mariel; MACHADO, Isadora Vier. **Brasil em trabalho de parto: um estudo sobre a violência obstétrica**. In: CAMARDELO, Ana Maria; FERRI, Caroline; OLIVEIRA, Mara de. Contornos de opressão: história passada e presente das mulheres. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

LANSKY, Sônia et al. **Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes**. Ciência & Saúde Coletiva. v. 24, n. 8, pp. 2811-2824; 2019.

LEAL, Sarah Yasmin Pinto et al. **Percepção de enfermeiras obstétricas acerca da violência obstétrica**. Cogitare Enferm. (23)2: e52473, 2018.

MASCARENHAS, Ana Cristina de Souza Serrano; PEREIRA, Graciele De Rezende Alves. **A Violência Obstétrica Frente Aos Direitos Sociais Da Mulher**. 2017. Disponível em: <[https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2017/A\\_Violencia\\_Obstetrica.pdf](https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2017/A_Violencia_Obstetrica.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2022.

MORAES, Samuel Justino. **A violência obstétrica é crime no Brasil?** 2022. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opiniao/artigos/a-violencia-obstetrica-e-crime-no-brasil-1.2625926>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**: estudo integrado com processo e execução penal. 14. Ed. Revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eliane Sutil de. **Responsabilidade civil, criminal e ética decorrentes da violência obstétrica**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 fev 2020.



PAES, Fabiana. **A importância do direito ao acompanhante para prevenir a violência obstétrica**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/mp-debate-importancia-acompanhante-prevenir-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

RIOS, Letícia Araújo Costa. **Erro médico: as controvérsias acerca da responsabilidade civil médica**. Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia, 2022.

SCHIAVON, Fabiana. **Violência obstétrica: o que é e como prevenir**. 2022. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/violencia-obstetrica-o-que-e/>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 5º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

SILVA, Artenira da Silva e; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. **Violência obstétrica no Brasil: um enfoque a partir dos acórdãos do STF e STJ**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol.10, nº. 04, pp. 2430-2457, 2017.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Resumo de direito médico**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

TESSER, Charles Dalcanale; KNOBEL R, ANDREZZO HF de A, DINIZ SG. **Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer**. Rev. Bras. Med. Fam Comunidade 2015; 10(35):1-12.

## **A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO E A PRIVATIZAÇÃO DESSE SISTEMA COMO UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A DIMINUIÇÃO DA MASSA CARCERÁRIA BRASILEIRA**

**LUCAS IVAN DOS SANTOS VICENTE:**  
Acadêmico em Direito, Centro Universitário  
de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

**RESUMO:** O objetivo da presente pesquisa é ponderar sobre o sistema carcerário brasileiro que enfrenta uma grande dificuldade dentro das penitenciárias, onde será relatado sobre seus principais problemas assim como as possíveis soluções, trazendo à tona a crise enfrentada dentro e fora das penitenciárias, onde se vê através das mídias, as situações que ocorrem por de trás das grades, onde observamos o estado de lástima em que aquelas pessoas estão encarceradas, sendo expostas a condições desumanas, deixando à mostra a falha do sistema prisional e do Estado, que deveriam além de apreender, recuperar e reintegrar o indivíduo a sociedade, com isso, verifica-se um desrespeito aos direitos previstos na Constituição Federal, como também na Lei de Execução Penal, onde o que estão previstos nelas não se condizem com a realidade atual, isso devido a uma má administração que ocorre por falta da fiscalização do Estado, perante isso, percebe-se que é necessário meios efetivos para solucionar essa crise no sistema prisional. Diante de tal circunstância o presente trabalho traz a privatização das unidades prisionais, como uma possível solução dos problemas enfrentados, onde as empresas responsáveis buscariam melhorias dentro e fora das unidades, garantindo os direitos dos detentos e uma melhor administração carcerária.

**Palavras chave:** Sistema carcerário. Má Administração. Crise. Privatização. Melhorias.

**ABSTRACT:** The objective of the present research is to ponder about the Brazilian prison system that faces a great difficulty inside the penitentiaries, where it will be reported about its main problems as well as the possible solutions, bringing to light the crisis faced inside and outside the penitentiaries, where it is seen through of the media, the situations that occur behind bars, where we observe the state of pity in which those people are incarcerated, being exposed to inhumane conditions, showing the failure of the prison system and the State, which should, in addition to apprehending, recover and reintegrate the individual into society, with this, there is a disrespect for the rights provided for in the Federal Constitution, as well as in the Penal Execution Law, where what is provided for in them do not match the current reality, this due to a bad administration that occurs due to the lack of State supervision, in view of this, he realized that effective means are necessary to solve this crisis in the prison system. Given this circumstance, the present work brings

the privatization of prison units, as a possible solution to the problems faced, where the responsible companies would seek improvements inside and outside the units, guaranteeing the rights of inmates and better prison administration.

**Keywords:** Prison System. Maladministration. Crisis. Privatization. Improvements.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se como tema principal a crise no sistema carcerário brasileiro e a privatização desse sistema como uma possível forma de solucionar os problemas enfrentados atualmente, os quais se tornaram uma preocupação não só para o Estado que é o principal responsável pelos cuidados do sistema carcerário, mas também para toda a sociedade, a qual se preocupa com o cenário atual dentro das penitenciárias, onde podemos citar inúmeras rebeliões, onde a barbárie é tremenda, além do estado de calamidade que os detentos vivem, em condições desumanas, colocando em risco a saúde e a própria vida desses encarcerados, onde a cada ano que se passa o índice e a massa carcerária vem aumentando cada vez mais, fazendo com que isso venha a agravar ainda mais os problemas já enfrentados.

Primeiramente cabe ao Estado a função de punir, assim também, o mesmo torna-se responsável em disponibilizar aos detentos uma estrutura cabível para o cumprimento de tal pena, onde devem assegurar aos mesmo todos os direitos que possuem, pois a pena privativa de liberdade priva-os somente do direito de ir e vir, como podemos encontrar expresso na legislação brasileira, no entanto, todos seus outros direitos devem permanecer assegurados.

O que infelizmente é algo que só vemos na teoria, uma vez que na prática dificilmente acontece, pois se torna um problema que não consegue se resolver devido ao tamanho da massa carcerária atual do nosso país, como podemos ver através de inúmeras notícias e estudos divulgados nos meios jornalísticos através das mídias.

E é em cima desses problemas que ocorrem dentro do sistema prisional, que o presente artigo toma como base a iniciativa de fazer algumas reflexões para possíveis soluções de melhorias, não só dentro das celas, mas também em toda a administração, sendo este o objetivo da pesquisa.

## 2. CRIME E PUNIÇÃO

Conforme previsto no artigo primeiro da Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei nº3.914, de 9 de dezembro de 1941, traz a definição de crime:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941)

A prática de conduta prevista em lei que configura crime não significa a automaticidade da pena, o ordenamento jurídico brasileiro disciplina com rigorismo essa matéria, ninguém será declarado culpado sem o devido processo legal que obrigatoriamente inclui o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade. Superado esse processo e ao final a sentença for condenatória, é feita a dosimetria da pena seguindo os parâmetros legais.

Das penas expressas no artigo 32 do Código Penal, que são: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. A espécie que vamos relatar no presente artigo é sobre a pena privativa de liberdade.

Onde conforme previsto no artigo 33 do Código Penal, essa pena pode ser cumprida em três regimes:

- a) regime fechado, a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A medida repressiva pela prática de crime nesse caso tem uma dupla finalidade, que é, uma demonstrar aos criminosos que as condutas realizadas por eles serão punidas de tal modo, servindo como exemplo para os demais indivíduos e assim, conter-se a criminalidade e outra a ressocialização do condenado, ou seja, preparar o indivíduo que após o cumprimento da sua pena, ele venha retornar a sociedade de uma forma melhor, onde que seja aceito pela mesma.

### **3. POPULAÇÃO CARCERARIA**

Se for analisar através de um contexto histórico sobre a evolução da nossa sociedade, percebesse que os problemas sociais vêm desde os tempos primórdios, onde já na libertação dos escravos não existia políticas que acolhessem esse grande número de libertos com investimentos em algo que fizesse essas pessoas se tornarem dignas novamente. No entanto, esse fator não diferencia nossas raças, todos somos cientes que

qualquer um pode ser preso, desde que cometemos algum ato infracional, não há diferença, se formos negros ou brancos, com baixa renda ou ricos, formados ou sem nenhuma escolaridade, todos há de pagar pelo ato praticado. Porém, pesquisas ainda apontam que a maioria da população carcerária se compõe de negros e pardos com baixa ou nenhuma renda e escolaridade, ou seja, em algumas situações nossa sociedade é completamente atualizada, e já em outras parece a mesma de muitos anos atrás.

O principal problema encontrado é o número excessivo de presos no sistema carcerário, que em consequência a isso vem ocasionando uma série de outros problemas, onde essas pessoas acabam sendo submetidas a circunstâncias desagradáveis, sendo expostas a vários problemas de saúde.

Conforme dados atualizados, divulgados pelo site do G1, a população carcerária diminuiu, mas o Brasil ainda registra superlotações nos Presídios em meio à pandemia, os dados fazem parte de um levantamento exclusivo do **G1**, dentro do Monitor da Violência, e têm como base informações oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal.

Desde o último levantamento sobre o sistema prisional feito pelo **G1**, publicado em fevereiro de 2020, foram criadas 17.141 vagas, números ainda insuficientes para dar conta dos diversos problemas, mesmo havendo uma redução no número de pessoas encarceradas. Onde antes era aproximadamente 709,2 mil detentos e com essa baixa hoje são 682,1 mil, mas ainda é uma quantidade muito acima da capacidade de vagas que temos em todo o sistema prisional, que é para 440,5 mil presos, chegando há 54,9% acima da capacidade que a estrutura carcerária oferece atualmente. Ou seja, existe um déficit de 241,6 mil vagas no Brasil. O total não considera os presos em regime aberto e os que estão em carceragens de delegacias da Polícia Civil. Se forem contabilizados esses presos, o número chega a quase 750 mil no país, com índice alarmante de 322 presos para 100 mil habitantes.

Um fato que pode ser observado e que contribui para as superlotações dentro dos presídios, é o fato que muitos detentos que estão ali dentro ainda não foram nem condenados, ou seja, com isso reúne os presos provisórios com os já sentenciados, deixando assim um aumento significativo da população carcerária.

Um ponto muito importante que cabe destaque, com o sentido de diminuir e resolver o problema dessa massa carcerária é o que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vem realizando desde 2008, quer seja, Mutirão Carcerário, onde o judiciário tem como objetivo fazer uma revisão dos processos de presos definitivos e provisórios, para que com isso haja um desafogamento na superlotação dos presídios.

Segundo o site do CNJ, 21 estados já receberam esses mutirões, onde já foram analisados aproximadamente 400 mil processos, sendo concedido mais de 80 mil benefícios, dentre eles progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, e mais de 45 mil liberdades foram concedidas, após os responsáveis verificarem que essas pessoas já haviam cumprido suas penas, fazendo assim com que o número de pessoas em cárceres diminuísse. Fonte: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario> Acesso em: 16 de nov. de 2021.

#### **4.SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO**

O Sistema Carcerário e a Sanção Privativa de Liberdade que encontramos no Brasil atualmente, na prática é bem diferente daquilo que a lei prevê, pois ela além de punir, também tem a função de ressocializar e preparar o indivíduo para que o mesmo regressasse regenerado a sociedade, além que, durante o período em que o mesmo estivesse detido, todos seus direitos deveriam permanecer assegurados, exceto o direito à liberdade de ir e vir, como previstos na nossa Constituição Federal de 1988, onde consta em sua redação o art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana e no artigo 5º inciso XLIX – “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”. O Código penal traz no artigo 38 “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” e a Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, que em seu artigo 41º estabelece 16 direitos do preso: Art. 41 – Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III-Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer



autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Na teoria parece um sistema totalmente eficaz, mas a realidade encontrada atualmente é bem diferente, onde encontramos um sistema falido e em crise, prestes a desmoronar tanto a sua estrutura física como sua administração e um dos principais motivos para isso acontecer é a superlotação de detentos no sistema carcerário, onde o número de vagas são limitados e diante disso eles acabam vivendo em condições extremas, desumanas, sem higiene, expostos aos maus tratos, a criminalidade e a corrupção do sistema. Onde mesmo sendo um problema antigo, não se vê melhorias muito menos o índice de pessoas detidas diminuir, que pelo ao contrário aumenta cada vez mais devido as condições de sobrevivência dos detentos, onde além da reincidência de detentos que não conseguiram se ressocializar na sociedade e acabaram voltando para as penitenciárias, há também a saúde precária dentro desses estabelecimentos, que são causadas pela má administração.

Atualmente sabe-se que grande parte da sociedade brasileira não faz ideia de quantos indivíduos são presos diariamente, pois muitos casos não são divulgados pela mídia porque são casos de menor potencial ofensivo, onde não envolve nenhuma celebridade ou algum bandido que faz parte de alguma facção, muitas vezes tendo situações em que o indivíduo foi preso preventivamente onde ainda aguarda a fase de investigação dentro do sistema prisional, essas pessoas acabam passando “despercebidas” aos olhos da sociedade, mas para o sistema carcerário elas fazem uma grande diferença, onde pesquisas apontam que hoje em dia no Brasil o número de pessoas detidas podem chegar a uma estimativa de mais de 3 mil novos presos por mês, onde com isso afeta todo o sistema carcerário devido à falta de estruturas para poder abrigar todos esses indivíduos.

Com isso, inúmeros detentos ficam aglomerados em pequenos espaços e desde aí que começa a falha do sistema carcerário, onde essas pessoas de vários lugares diferentes, que estão chegando as penitenciárias não passam por nenhum tipo de qualificação, onde todos ocupam o mesmo espaço, seja um ladrão de bicicleta ao qual ainda nem foi condenado ou um dos maiores ladrões de bancos do país o qual já teve sua pena decretada, onde dividem ideias e planejamentos sobre as formas de cometerem vários tipos de crimes, fazendo assim com que o sistema penitenciário se torne uma verdadeira escola do crime.

Há muitos debates sobre o que deve fazer e qual a melhor maneira, para preparar e ressocializar um detento durante o período que cumpre sua pena, pois segundo especialistas mais de 70% dos que deixam a prisão acabam cometendo novos crimes e retornando para o sistema prisional, onde fica evidente que a reincidência é uma realidade fracassada do nosso sistema, deixando claro que o objetivo maior do sistema carcerário, que é preparar o indivíduo para reinseri-lo a sociedade para se tornar uma pessoa melhor, não foi atingido, pesquisadores acreditam que a solução para este problema depende de medidas socioeducativas dentro das prisões, onde os detentos podem ter acesso a cursos profissionalizantes, empregos, educação, atividades físicas, e condições básicas para a sobrevivência humana, no entanto essas medidas até existem em nosso sistema carcerário, mas devido a quantidade de pessoas detidas, ela acaba não sendo aplicada a todos os indivíduos.

A realidade é que poucos sabem como realmente é a verdadeira situação dentro de uma cela de uma penitenciária e muitos que nunca estiveram ali dentro e não tem o conhecimento sobre tal lugar, acreditam que pôr os detentos estarem privados do restante do mundo, eles estão bem protegidos, o que não é bem a verdade, pois pesquisas apontam que os detentos brasileiros tem muito mais chances de contraírem doenças dentro das penitenciárias, do que o restante da população que se encontram nas ruas, devido à falta de saneamentos básicos para a sobrevivência humana, além de estarem expostos a ratos, percevejos, baratas e outros insetos que causam doenças, eles sofrem também daquelas que não só afetam a saúde física do corpo mas também daquelas que afetam o sistema psicológico da pessoa e muitos sofrem com isso, pois na grande maioria cabe aos familiares enviar medicamentos básicos, para a vivencia deles lá dentro, no entanto muitos já não tem mais a sorte de poder contar mais com os mesmos, onde ficam à mercê do Estado.

Diante a essas condições insalubres, os detentos ficam mais vulneráveis a doenças relacionada ao fator respiratório, conforme relata Damasceno:

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. (2007, p.75)

Diante dessa situação percebesse o quanto é importante que as pessoas privadas de sua liberdade precisam ter seu direito a saúde de maneira garantida, até mesmo porque,

a saúde é de acesso universal e igualitário e infelizmente mesmo existindo em lei a garantia desse direito, o mesmo não se faz presente dentro do sistema carcerário devido a falta de infraestrutura, demonstrando assim uma violação aos direitos fundamentais.

Como ressalta Damasceno:

Dessa forma, a manutenção do preso em estado deplorável de saúde estaria fazendo com que a pena não só perdesse o seu caráter ressocializador, mas também estaria sendo descumprido um princípio geral do Direito, consagrado no art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil, também aplicável subsidiariamente na esfera criminal, e, por consequência, na execução penal, que em seu texto dispõe: na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (2007, p.75).

A má administração do sistema carcerário não é causada por uma única coisa em si, ou um único problema, muito acontece para que uma penitencia seja mal dirigida, e uma delas que tem o peso maior e é a principal causadora desse problema é o fator das superlotações, que através daí recai todos os outros problemas, como exemplo as rebeliões, onde os próprios detentos buscam uma forma de protestar sobre aquilo que estão propondo a eles ou o estado em que estão sendo mantidos, onde em um passado recente, mais precisamente no ano de 2017, o Brasil presenciou uma das maiores rebeliões presenciadas até o momento desde o Carandiru, onde houve um massacre dentro do sistema prisional contendo mais de 60 mortes de encarcerados, devido ao aumento das facções criminosas, dificultando assim os objetivos do sistema prisional, que é, em primeiro lugar, privar o indivíduo de sua liberdade e fazer com que essas pessoas se reeduquem para poder reintegrá-las para conviver em sociedade, o que dificilmente acontece, pois devido essas má administração onde as pessoas acabam perdendo quase todos os direitos, muitos se revoltam contra o sistema, onde não colaboram para a melhoria dessas unidades prisionais, ao oposto, só acabam piorando ainda mais a imagem do sistema carcerário.

Infelizmente é muito alto o número de pessoas desempregadas no Brasil, pessoas que mesmo tendo formação escolar já tem dificuldades para arranjar empregos, imagina aqueles que ainda possuem antecedente criminal na ficha, onde muitos de certa forma acabam sendo discriminados, principalmente no mercado de trabalho onde dificilmente é bem vistos pela sociedade. Muitos saem do sistema prisional com interesse de mudar de vida, só que devido ao erro cometido no passado acabam tendo sua imagem manchada, assim acaba ficando mais difícil deles arrumarem empregos, o que leva a grande maioria voltar a cometer crimes, onde sabem que dali conseguem tirar um dinheiro fácil para o seu sustento e com isso, acabam retornando para as prisões, que já estão superlotadas, assim

difícilmente irá abaixar o índice de pessoas encarceradas no Brasil e os problemas ainda se manterão.

## 5.A PRIVATIZAÇÃO

Como já ficou expresso acima e é de conhecimento de todos que o sistema carcerário brasileiro se encontra em estado de lastima, onde já não consegue propor suas devidas funções e o Estado encontra-se com dificuldades para poder resolver esses problemas sozinho, por isso cada vez mais surgem debates sobre a privatização das unidades prisionais, onde muitos acreditam que com essas empresas privadas assumindo o controle das unidades, os problemas irão diminuir.

Como relata FERREIRA:

A contemporânea ideia privatizadora dos presídios surgiu com a falência do sistema prisional, sendo que a pena de prisão se encontra em declínio não atingindo suas principais finalidades, quais sejam a retributiva, preventiva e ressocializadora (FERREIRA, 2007, p. 27 apud BAYER, 2013).

Para que se entenda melhor sobre tal ato é necessário que se apresenta um breve conceito, onde a privatização nada mais é que a contratação de empresas privadas pelo Estado para que as mesmas passem a administrar o sistema carcerário sobre a fiscalização do Estado, onde com isso se entrega o serviço público para que seja executado por terceiros, mediante compensação financeira.

Com base nos índices alarmantes da nossa massa carcerária, que foi aumentando cada vez mais com o passar do tempo, a privatização começou a ser discutida como uma alternativa necessária para combater a superlotação e o crescimento da população dentro das unidades prisionais. Diante de tais acontecimentos, pesquisadores passaram a estudar e buscaram em outros países modelos de penitenciárias privadas, para que pudesse ingressar com esses projetos da melhor maneira possível no nosso país e diante desses estudos feitos notou-se que um dos modelos que mais se adequa na nossa legislação é o modelo Francês, onde a iniciativa privada atua em conjunto com o poder público ficando responsável pelos serviços de alimentação, vestuário, limpeza e a segurança interna, ficando a cargo do setor público a segurança externa e a direção geral, administrando a pena sob o aspecto jurídico, aplicando punições em caso de faltas ou privilegiando em caso de merecimento, inclusive esse modelo já foi implantado em algumas unidades brasileiras, mais precisamente em 32 unidades, onde atualmente em nosso país temos os dois modelos de empresas privadas, que são as PPPs (Parceria Pública-Privada) onde as empresas ficam responsáveis por construir o presídio, e o Estado paga pelas obras durante um longo período de tempo no caso do Brasil o contrato é de 30 anos, e também temos a

Cogestão que é a mais comum em nosso país, onde as empresas que vencem a licitação assume um presídio já construído pelo Estado e apenas fica responsável pelas sua administração interna, como exemplo o modelo Francês citado acima.

Lembrando que ambos os modelos foram inseridos no nosso país, na intenção de ajudar o Estado a resolver as questões pendentes dentro do sistema carcerário, que devido a quantidade de penitenciárias e de pessoas encarceradas, não estavam dando conta de manter em ordem, causando assim, cada vez mais problemas dentro da sociedade, onde a forma que as unidades prisionais estavam sendo dirigidas e mantidas deixavam bem claro que precisavam de ajuda.

No entanto esses projetos mesmo que tem a intenção de melhorar o sistema carcerário, deixa dúvidas em parte da população, diante disso vemos vários posicionamentos a favor e contra a esse tema, o que acaba gerando polêmicas por encontrar uma certa resistência por parte de importantes seguimentos da sociedade.

## **6. PÓS E CONTRA A PRIVATIZAÇÃO**

Sabe-se que a privatização já não é algo tão recente, pois os debates sobre tal função, se iniciaram já há algum tempo, no entanto até os dias atuais tem aqueles que acreditam que a privatização vai resolver a maioria dos problemas enfrentados pelo Estado dentro dos Presídios Brasileiros, assim como também tem aqueles que acreditam, que isso não mudará nada, devido ao seu principal problema que são as superlotações de detentos dentro das unidades prisionais.

Diante disso, vários órgãos e entidades competentes já expuseram seus posicionamentos contrários a privatização do sistema carcerário brasileiro, como exemplo, a OAB do estado de São Paulo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), o Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, dentre outras associações.

Essa primeira corrente acredita que as empresas privadas estão pensando mais no benefício financeiro que irão receber, do que a satisfação de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, estão interessadas somente pelo valor recebido por cada detento, onde quanto mais cheio o sistema prisional, mais dinheiro eles ganham, como relata o autor Ferreira:

O que traz preocupação em relação à privatização das penitenciárias é o fato de que, quanto maior o sofrimento e a dor, maior será o lucro obtido. Assim, quanto maior o número de pessoas presas, maior será

a quantidade de presídios administrados por empresas privadas (FERREIRA, 2007, p. 33, apud BAYER, 2013).

Os defensores dessa corrente acreditam que essa privatização aumentará também a insegurança e a violação de direitos as pessoas presas.

Já a segunda corrente acredita que com a privatização das unidades, o Estado gastaria menos em relação ao setor penitenciário, teriam melhorias no sistema carcerário, garantindo todos os direitos que os detentos possuem, que consequentemente faria com que diminuísse as rebeliões, tentativas de fugas e reincidências.

Como se tem o posicionamento do defensor D'urso (2016), ao qual entende que:

Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a utopia de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira. [...] De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco" (D'URSO, 2016, p. 25).

Fernando Capez, ao analisar o sistema prisional e a possibilidade de privatização também se expressa, onde afirma que a privatização dos presídios é uma alternativa extremamente necessária. Em seu entendimento aduz:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O Estado não tem recursos para gerir e construir presídios, sendo assim, a privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra, tem que ser enfrentada como uma necessidade



absolutamente insuperável, ou “privatizamos” os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a “privatização” não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível é um fato. (CAPEZ, 2002 apud SILVA, 2012).

Diante a essa corrente fica completamente esclarecido que seus defensores entendem que o Estado não tem condições de resolver os problemas encontrados no sistema carcerário sozinho, que também de certa forma se torna um problema da sociedade em si, com isso as privatizações do sistema prisional são mais do que necessárias.

Necessárias ao ponto de que recentemente o Governo ressuscita a ideia de privatizar os presídios, conforme mostra a matéria da revista Veja, onde o delegado Anderson Torres ressuscitou a ideia de conceder a iniciativa privada aos presídios. No entanto o fato ainda está sendo discutido para ver qual modelo é o mais adequado para garantir uma melhor gestão das instituições carcerárias.

Porém tem se em mente que para os presídios de menor porte, dos modelos apresentados o governo incentiva o da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac). Que é organização da sociedade civil que tem como ideia inicial a administração de pequenos presídios onde possui menos detentos e a periculosidade é menor, e diante dos resultados encontrados, buscarão progressos nas demais penitenciárias.

## **7.APAC**

O que podemos perceber nessa Apac, é a valorização humana que eles dão aos reeducandos, algo que não acontece em outras unidades prisionais, onde ali eles fazem com que essas pessoas se sintam novamente importantes para a sociedade e garantem que eles realmente estão prontos para serem reinseridos a população.

Diferente de uma prisão normal as celas que acomodam os reeducandos aqui, possui apenas de 6 a 10 pessoas, onde são todas bem limpas e organizadas, onde cada um tem sua cama e seu espaço para guardar seus pertences, além do mais, também oferecem a essas pessoas oportunidades de estudos e de serviços.

Fazendo assim com que essas pessoas consigam uma nova oportunidade de vida, ao serem reinseridas na sociedade, onde muitos sairão com experiências em algumas áreas

de empregos, além da formação acadêmica, onde muitos acabam finalizando os estudos dentro das unidades.

Claro que não pode comparar a Apac com o sistema público por operar em situações diversas. No entanto pode se afirmar que com a privatização das penitenciárias faria grandes melhorias nas unidades carcerárias.

## **8.CONCLUSÃO**

É incontestável que a situação que se encontra o sistema carcerário hoje em dia, é devido a grande massa carcerária que temos em nosso país, que deixa todo o sistema prisional superlotado, no entanto, não podemos ser omissos em dizer que é só por causa da quantidade de detentos que esses problemas aparecem, vale ressaltar que também sofremos as consequências de más administrações, dentro e fora do sistema prisional, onde o Estado vive tampando o sol com a peneira, deixando de investir em lugares que realmente são importantes, lugares que realmente precisam que seja alterado alguma coisa para que futuramente esse caos não venha a piorar.

Certamente a privatização das penitenciárias não resolverá todos os problemas do sistema carcerário de uma só vez, mas a realidade exige que algo seja feito, e provavelmente essa privatização mesmo que resolvesse apenas alguns desses problemas, já seria um passo dado, onde a necessidade é prevalecer o bem da sociedade, principalmente da pessoa encarcerada.

Há muitos pontos que podem ser alterados pela administração, visando uma melhoria do sistema, no entanto sabemos que muitas pesquisas e debates ainda serão realizados, para que isso possa ocorrer.

Mas o nosso sistema não pode ficar mais do jeito que está, uma verdadeira desordem total, e a realidade atual exige medidas de urgências que solucione ou minimize o problema carcerário no Brasil, por isso o presente trabalho versa sobre a privatização carcerária, onde acredita que com isso poderá haver melhorias no sistema carcerário brasileiro.

Melhorando não só a dignidade humana dos detentos dentro das unidades, como também faria que diminuísse a reincidência desses indivíduos, que com as devidas oportunidades dadas a eles, sairiam melhores preparados para a sociedade, e dificilmente retornariam as prisões.

## **REFERÊNCIAS**

**A Crise no Sistema Carcerário Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade.** , [s.d.]. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-crise-no-sistema-carcerario-brasileiro/>>. Acesso em: 16 nov. 2021

**A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa | eGov UFSC.** Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/privatiza%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais->>. Acesso em: 16 nov. 2021.

**BRASIL. Decreto Lei Nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941) e Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em :<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso em: 16 de nov. 2021.

**CAPEZ, Fernando. Entrevista concedida a revista DATAVENI@,** ano VI Nº 55, março de 2002. Apud SILVA, André Ricardo Dias. A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/privatiza%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais-> Acesso em: 16 de nov. 2021

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mutirão carcerário.** Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 16 de nov. 2021.

**Constituição.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

**DEL3914.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

D'URSO. Luiz Flávio Borges. **Entregar as prisões à iniciativa privada é mais eficiente e garante os direitos dos internos.** 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

**Em quatro dias, mutirão em Curitiba concedeu benefício em 49% dos processos.** Portal CNJ, 9 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/em-quatro-dias-mutirao-em-curitiba-concedeu-beneficio-em-49-dos-processos/>>. Acesso em: 16 nov. 2021

FERREIRA, Maiara Lourenço. **A privatização do sistema prisional brasileiro.** 83 fl. TCC (monografia) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente – SP. 2007. Apud BAYER, Khristian. A privatização nas penitenciárias brasileiras disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25731/a-privatizacao-nas-penitenciarias-brasileiras/>>4

**População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia | Monitor da Violência | G1.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

**Presídios privados no Brasil: como funcionam e quanto custam. Especiais,** [s.d.]. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil/>>. Acesso em: 16 nov. 2021

**Ressuscita a ideia de privatizar.** Hugo Marques 27 jun 2021, disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/governo-ressuscita-ideia-de-privatizar-presidios/>

## **TOKEN NÃO FUNGÍVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS REFLEXOS PARA OS DIREITOS AUTORAIS**

**BRUNO DA SILVA BATALHA:**

Especialista em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

**Resumo:** À vista das inúmeras possibilidades propiciadas pela web 3.0, questão importante que se apresenta é conhecer em que medida as inovações baseadas em *blockchain* deve refletir na proteção aos Direitos Autorais. Diante disso, surge o seguinte questionamento: Quais seriam os reflexos que os NFT's – *Non fungible tokens* – acarretariam para os Direitos Autorais? Desta forma, o objetivo geral é analisar as implicações jurídicas relativas à interação entre os NFT's e o sistema de proteção legal de Direitos Autorais. Para tanto, têm-se como objetivos específicos: expor as repercussões jurídicas que a tokenização pode causar à propriedade intelectual e ao combate à pirataria, evidenciando as limitações tecnológicas quanto ao armazenamento centralizado de NFT's. Em avanço, analisa-se a interação entre memes, obras artísticas e literárias e os NFT's, no que se refere aos reflexos para o Direito Autoral, bem como essa interação se relaciona com as licenças customizadas. Por fim, examina-se as perspectivas para a indústria de mídia e os potenciais benefícios para autores, intérpretes e usuários, tendo por base a nova fronteira tecnológica baseada em contratos inteligentes, NFT's e metaversos.

**Palavras-chave:** NFT. Direitos Autorais. Tokenização. Contratos Inteligentes.

**Abstract:** In view of the numerous possibilities provided by web 3.0, an important question that arises is to know to what extent blockchain-based innovations should reflect on copyright protection. In view of this, the following question arises: What would be the reflexes that the NFT's - Non fungible tokens - would bring to Copyright? In this way, the general objective is to analyze the legal implications related to the interaction between the NFT's and the legal protection system of Copyright. To this end, it has as specific objectives: to expose the legal repercussions that tokenization can cause to intellectual property and the fight against piracy, highlighting the technological limitations regarding the centralized storage of NFT's. In advance, the interaction between memes, artistic and literary works and the NFT's is analyzed, with regard to the reflexes for Copyright Law, as well as this interaction is related to customized licenses. Finally, the prospects for the media industry and the potential benefits for authors, performers and users are examined, based on the new technological frontier based on smart contracts, NFT's and metaverses.

**Keywords:** NFT. Copyright. Tokenization. Smart Contracts.

**Sumário:** Introdução. 1. NFT – Breve Definição e Histórico. 2. NFT, Tokenização e Direitos Autorais 2.1. NFT's e Pirataria. 2.2. Armazenamento Centralizado de NFT,s – Desafios Tecnológicos e Jurídicos 3. Memes, Obras Artísticas e Literárias x NFT – Repercussões acerca dos Direitos Autorais. 3.1. Novas perspectivas e o Creative Commons. 4. NFT, Blockchain e a Indústria da Mídia. 4.1. Finanças Descentralizadas e Web 3.0 – A importância das tecnologias integradas ao NFT para a indústria da mídia. 5. Metaverso e Direitos Autorais – A próxima fronteira para os NFT's e a Indústria de Mídia. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, observa-se o início da transição da internet de plataforma, dominada por grandes empresas que monetizam com os dados pessoais, para organizações autônomas descentralizadas<sup>126</sup>, as quais permitem a retomada do controle de dados pelos indivíduos. A medida que a internet, gradualmente, migra em direção a web 3.0, muitos benefícios e alguns desafios se apresentam para a coletividade.

*Blockchain* é a tecnologia por trás de toda essa inovação, dos NFT's – *Non Fungible Tokens* – ao Metaverso. Ao permitir a descentralização do armazenamento de informações em nuvem<sup>127</sup> e a descentralização de aplicações por intermédio de organizações autônomas descentralizadas, a tecnologia pode devolver aos indivíduos a privacidade e o poder de controle sobre os dados pessoais.

O controle dos dados pelos indivíduos e a descentralização de informações envolvem grandes mudanças e novos desafios jurídicos. Atualmente, muitas barreiras ainda se impõem para a completa adoção da tecnologia: limitações como experiência do usuário, escalabilidade, custos e acessibilidade. Tudo isso indica que o caminho é longo para uma completa transição.

A permanente evolução tecnológica da internet e da criptografia possibilitou o surgimento dos NFT's, acrônimo de *non fungible token*. Pela primeira vez se tornou possível criar escassez no ambiente digital. Diferentemente de moedas fungíveis, como a

---

<sup>126</sup> A *DAO* é um sistema baseado em *blockchain* que habilita as pessoas a se coordenarem e governarem mediadas por um conjunto de regras auto-executáveis implantadas em *blockchain* público de governança descentralizada. Disponível em: HASSAN, Samer; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized Autonomous Organization. *Internet Policy Review*, v. 10, n. 2, p. 1-10, 2021. Acesso em: 24.fev 2022

<sup>127</sup> WILLIAMS, Sam; JONES, Will. *Archain: An Open, Irrevocable, Unforgeable and Uncensorable Archive for the Internet*. Publicado em: 2 aug. 2017.



moeda fiduciária e as criptomoedas *bitcoin e ethereum*, cujo padrão de emissão tornam todos os *tokens* iguais, 128 *tokens* não fungíveis por sua natureza não são intercambiáveis.

Ao se criar identidade única e escassez com registro em *blockchain*, pode se remodelar toda a estrutura jurídica em torno dos Direitos Autorais. Essa revolução extrapola as fronteiras da internet ao se proporcionar a representação não somente de itens do mundo digital, mas também do mundo real.

A tokenização pode causar diversos reflexos aos Direitos Autorais e, especialmente, no que se refere ao combate à pirataria. O armazenamento centralizado de NFT's é uma importante limitação tecnológica que pode repercutir nos Direitos Autorais, no que pese projetos em desenvolvimento para corrigir o problema.

Interações sociais de humor registradas por memes agora podem ganhar conotação e amparo jurídico. Novas possibilidades de obras artísticas como as esculturas imaginárias podem gerar controvérsias diante da legislação autoral vigente. Contratos inteligentes podem se aliar às licenças *Creative Commons* e oferecer muitas outras oportunidades de customização frente a todos os direitos reservados.

Contratos inteligentes e NFT's podem gerar novas perspectivas para a indústria de mídia e novos potenciais benefícios para os detentores de Direitos Autorais. O avanço do Metaverso, como realidade virtual paralela, pode apresentar uma nova disrupção ao ser utilizado como espaço para shows e apresentações. Isso tudo torna ainda mais complexa a relação entre as novas tecnologias e a indústria de mídia, criando reflexos para a legislação autoral.

Diante disso surge o seguinte questionamento: Quais seriam os reflexos que os NFT's acarretariam para os Direitos Autorais? Desta forma, busca-se analisar os reflexos que a tecnologia de *token* não fungível e contratos inteligentes provocará no sistema de proteção aos Direitos Autorais, bem como os acordos e desacordos face à legislação vigente.

A elaboração do presente trabalho terá por base uma pesquisa teórica e de cunho exploratório, valendo-se para isso do método dedutivo. Além disso, a pesquisa bibliográfica e documental será abordada com fundamento nos documentos de projetos

---

128 A quantidade de *tokens* emitidos em uma *blockchain* pode ser limitada por algoritmo, como na rede bitcoin, cuja emissão máxima será de 21 milhões de criptomoedas. Essa escassez de tokens ou criptomoedas circulantes na rede não se relaciona com a infungibilidade do *token*. Na rede bitcoin, todas as criptos circulantes são iguais, possuindo o mesmo valor de troca. NFT's, ao contrário, não possuem unidade de troca, sendo seu valor baseado na utilidade e subjetividade, posto que um token não fungível não se confunde com o outro em razão do seu registro único.

baseados em *blockchain*, bem como a bibliografia, legislação e jurisprudência pátria acerca do tema, utilizando-se da técnica de análise qualitativa.

## 1. NFT – BREVE DEFINIÇÃO E HISTÓRICO

*Token* não fungível pode ser definido como um ativo criptográfico exclusivo, insubstituível, indivisível e verificável por intermédio de *blockchain*, podendo representar um ativo exclusivamente digital ou físico.<sup>129</sup> A propriedade infungível<sup>130</sup> e rastreável do NFT o torna uma excelente opção para representar itens como obras de arte, músicas, itens de jogos e até mesmo memes.

Alexandre Pessler<sup>131</sup> conceitua NFT no contexto dos Direitos Autorais da seguinte forma:

Um NFT, Non Fungible Token ou Token Não Fungível, é um registro único de informação numa blockchain. Um bem é considerado fungível se for idêntico e intercambiável – como uma saca de soja, ou uma cédula de dinheiro. A criação do token não fungível, uma espécie de registro único, imprime escassez a determinado artefato digital, e, portanto, cria valor na circulação de ativos, entre eles os direitos autorais.

Em 2014, apareceu o primeiro NFT em um evento de Arte Contemporânea em Nova York, o Quantum, uma animação criada pelo artista Kevin McCoy. Era a primeira obra com certificado digital e prova de escassez registrada e verificável em *blockchain*.<sup>132</sup> Pouco anos depois, em 2017, era proposto o padrão ERC-721<sup>133</sup> na *blockchain* da *Ethereum*. O padrão

129 Valeonti, F.; Bikakis, A.; Terras, M.; Speed, C.; Hudson-Smith, A.; Chalkias, K. Crypto Collectibles, Museum Funding and OpenGLAM: Challenges, Opportunities and the Potential of Non-Fungible Tokens (NFTs). Appl. Sci. 2021, 11, 9931. <https://doi.org/10.3390/app1121993>.

130 O aspecto infungível do token apresenta conceituação a contrário sensu no Código Civil. "Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. (Lei 10.406/2002)". Outras qualidades inerentes ao NFT como a singularidade e a indivisibilidade encontram classificação no mesmo diploma legal.

131 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

132 Sotheby's second NFT auction presents first ever minted NFT from 2014, rare Cryptopunk & more. Disponível em: <[http://www.mutualart.com/ExternalArticle/Sotheby-s-Second-NTF-Auction-Fi/F2CFBDE1D6A4DDAC?source\\_page=Artist\Articles&utm\\_source=mutualart&utm\\_medium=referral](http://www.mutualart.com/ExternalArticle/Sotheby-s-Second-NTF-Auction-Fi/F2CFBDE1D6A4DDAC?source_page=Artist\Articles&utm_source=mutualart&utm_medium=referral)>. Acesso em: 13 nov. 2021

133 What is ERC-721? The ERC-721 introduces a standard for NFT, in other words, this type of Token is unique and can have different value than another Token from the same Smart Contract, maybe due to its age, rarity

foi responsável por democratizar a criação de *tokens* não fungíveis na rede *blockchain*, ao permitir a implementação de *tokens* únicos em plataformas de contratos inteligentes.

Em junho de 2017, o estúdio Larva Labs lançou o projeto *CryptoPunks*, projeto experimental de cripto-arte baseado em *tokens* não fungíveis. O projeto compreende 10 mil fotos de personagens *punks* com características singulares, um deles vendidos por mais de 40 milhões de dólares. Curiosamente, as imagens que compõem os retratos foram geradas aleatoriamente por algoritmo.<sup>134</sup>

A partir de então, grandes museus, instituições culturais e artistas ao redor do mundo passaram a adotar os NFT's. A galeria de arte Uffizi, em Florença, foi a primeira grande instituição de artes a aderir aos NFT's. A adesão do museu se deveu às perdas de receita causadas pela pandemia. Na Inglaterra, o museu *Whitworth* vendeu seus primeiros NFT's, em julho de 2021, os quais representavam a imagem de *William Blake* "Ancião dos Dias".<sup>135</sup>

Mais recentemente, o lançamento da coleção *Bored Ape Yacht Club* se tornou muito popular entre famosos e celebridades. A coleção apresenta desenhos de macacos entediados gerados a partir de algoritmo. Cada imagem de macaco, conhecidos como *Bored Apes*, é representada por um NFT registrado no *blockchain* da rede ethereum. O detentor de um *Bored Ape* terá acesso a benefícios exclusivos a medida que o desenvolvimento da comunidade avança.<sup>136</sup>

Outra valiosa obra foi vendida na famosa casa de leilões *Christie's*. Trata-se da obra "*Todos os dias - Os primeiros 5.000 dias*" (tradução nossa)<sup>137</sup>, coleção criada pelo artista Beeple, a qual se tornou conhecida em todo mundo. A obra continha 5.000 obras de arte digital registradas em apenas um NFT. À época a obra foi vendida pelo preço recorde 69 milhões de dólares.<sup>138</sup>

---

or even something else like its visual. Disponível em: <https://ethereum.org/en/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>. Acesso em: 14/11/2021

134 Disponível em: "<https://www.larvalabs.com/cryptopunks>". Acesso em: 24 mar. 2022.

135 Valeonti, F.; Bikakis, A.; Terras, M.; Speed, C.; Hudson-Smith, A.; Chalkias, K. Crypto Collectibles, Museum Funding and OpenGLAM: Challenges, Opportunities and the Potential of Non-Fungible Tokens (NFTs). *Appl. Sci.* 2021, 11, 9931. <https://doi.org/10.3390/app11219931>

136 Disponível em: <https://boredapeyachtclub.com/#/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

137 "Everydays: the first 5.000 days"

138 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. *RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade*, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

O breve histórico apresenta alguns dos fatos mais marcantes relacionados a recente história dos NFT's. Nesse contexto, os colecionáveis e as artes digitais se apresentam como os primeiros aspectos visíveis das inúmeras possibilidades promovidas pela tecnologia de NFT's. Ao se criar identidade única e escassez com registro em *blockchain*, torna-se possível remodelar toda a estrutura jurídica em torno dos direitos autorais.

## 2. NFT, TOKENIZAÇÃO E DIREITOS AUTORAIS

Quem diria que o *whitepaper* de Satoshi Nakamoto, na época em que foi publicado, teria repercussões tecnológicas e sociais tão além da própria revolução financeira promovida pelo *Bitcoin*. Dos ativos físicos aos ativos virtuais, qualquer coisa pode ser "tokenizada" com base da tecnologia de *blockchain*. Ativos financeiros, imóveis, objetos e tudo que possa se atribuir valor no mundo físico ou digital podem ser representados por tokens fungíveis, ou não fungíveis.<sup>139</sup> <sup>140</sup> Essa evolução parece causar um rápido processo de simbiose entre o mundo físico e o virtual, confundindo-os.

Para Heines e Dick<sup>141</sup> "a tokenização pode ser entendida como a atividade de criação de um token em um livro razão público, distribuído e compartilhado, de forma que esse token possa ser representado de forma única e permanente."<sup>142</sup> A tokenização permite a otimização de processos, maior transparência, democratização, facilidade de acesso, aumento da liquidez e desintermediação.<sup>143</sup>

Na atualidade, ainda existe toda uma estrutura e burocracia para comprovação de autenticidade e propriedade, como cartórios, órgãos públicos, muitos documentos e papéis. Diversos métodos se propõem a comprovar tais fatos e transações: marca d'água, registro, assinatura e reconhecimento de firma, entre outros procedimentos em processo de obsolescência.

Por outro lado, as transações mediadas por contratos inteligentes permitem transparência, publicidade e registro histórico.<sup>144</sup> As qualidades criptográficas garantem

<sup>139</sup> EVANS, Tonya M. Cryptokitties, cryptography, and copyright. *AIPLA QJ*, v. 47, p. 219, 2019.

<sup>140</sup> HEINES, Roger; DICK, Christian; Pohle, Christian; and Jung, Reinhard, "The Tokenization of Everything: Towards a Framework for Understanding the Potentials of Tokenized Assets" (2021). PACIS 2021 Proceedings. 40. <https://aisel.aisnet.org/pacis2021/40>.

<sup>141</sup> Id. Heines e Dick.

<sup>142</sup> Nos termos originais: "tokenization can be initially described as the process of creating a token on a shared ledger in terms of a singular identifier that enables a unique and persistent reference."

<sup>143</sup> Id. Heines e Dick.

<sup>144</sup> Valeonti, F.; Bikakis, A.; Terras, M.; Speed, C.; Hudson-Smith, A.; Chalkias, K. Crypto Collectibles, Museum Funding and OpenGLAM: Challenges, Opportunities and the Potential of Non-Fungible Tokens (NFTs). *Appl. Sci.* 2021, 11, 9931. <https://doi.org/10.3390/app11219931>

autenticidade e rastreio, o que, aliada às características do *blockchain*, tornam-nos uma estrutura tecnológica adequada para garantir o direito de uso, gozo e disposição de bens. Além disso, a supressão dos custos e da burocracia atreladas ao “homem do meio” melhoram a segurança das transações, negócios e aumenta a usabilidade da tecnologia.<sup>145</sup>

A partir dessas características, um *token* pode representar obras protegidas e fonogramas, que podem ser registrados em um banco de dados descentralizado e distribuído. Os contratos inteligentes<sup>146</sup>, por seu lado, podem se encarregar de automatizar as transações e os contratos relacionados aos Direitos Autorais, tais como o uso, a exploração de conteúdo protegido e a remuneração de artistas.<sup>147</sup>

Todo o autor possui o direito exclusivo de utilizar, publicar ou reproduzir sua obra, além de transmitir esse direito aos herdeiros.<sup>148</sup> De outro modo, a todos devem ser proporcionados os direitos de acesso à cultura, a educação e a ciência.<sup>149</sup> A tokenização de obras artísticas, fonogramas e demais itens do mundo da música tende a se conciliar com os princípios mais sublimes dos direitos autorais, bem como se aliar ao combate à pirataria, no que pese os desafios do atual estado da arte da tecnologia.

## 2.1. Pirataria, *Blockchain* e NFT

O termo “pirataria”, popularizado pelo discurso público e pela mídia, apresenta uma ampla variação de significados, conforme informa o dicionário de língua portuguesa Michaelis.<sup>150</sup> De bandido dos mares que pilha navios às povoações ao longo da costa que operam emissora de rádio ou TV clandestinamente. Entre estes, um significado apresenta

---

145 HEINES, Roger; DICK, Christian; Pohle, Christian; and Jung, Reinhard, "The Tokenization of Everything: Towards a Framework for Understanding the Potentials of Tokenized Assets" (2021). PACIS 2021 Proceedings. 40. <https://aisel.aisnet.org/pacis2021/40>.

146 Contratos Inteligentes nada mais são que contratos típicos que foram codificados e colocados em uma base de dados. Dito isso, esses negócios são “execução automática de um conjunto juridicamente constituído ou mesmo de contratos mais simples, cuja formação pode se dar de forma verbal, mas que deverão obedecer a legislação para a sua elaboração” (CAMPOS, 2018, p. 109).

147 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021.

148 “ Art. 5º, XXVII, CF – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

149 “Art. 23, CF - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;”

150 MICHAELIS. Dicionário de Língua Portuguesa. Disponível em: <[Pirata | Michaelis On-line \(uol.com.br\)](https://www.michaelis.com.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022



definição concordante com os ditames dos Direitos Autorais: “Copiar ou imitar produção intelectual ou produtos em geral, infringindo a lei e desrespeitando a legislação autoral”.

A definição de pirataria também pode ser encontrada no decreto presidencial de nº. 5.244/2004, o qual delimitou o termo no art. 1.º, parágrafo único: “Entende-se por pirataria, para os fins deste Decreto, a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis nos 9.609 e 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998”. A LDA – Lei de Direitos Autorais, entretanto, não reproduz o termo, apenas define contrafação como reprodução não autorizada.<sup>151</sup>

Determinar o alcance da acepção da palavra ganha importância em razão do enfoque dado à prática de pirataria como a causadora principal de diversas mazelas. Situação que contribui para o recrudescimento das normas de Direito Autoral e Penal, a despeito da existência de qualquer pesquisa séria sobre o tema.<sup>152</sup>

As primeiras versões da internet foram responsáveis por grandes transformações e novos desafios para a proteção de direitos autorais. A possibilidade de *download*, cópia e distribuição de conteúdo ilegalmente amplificou o debate acerca do combate à pirataria e realçou a fragilidade da legislação em regular efetivamente o tema.<sup>153</sup>

A evolução da internet e dos suportes de fixação de obras diminuíram a capacidade de a legislação autoral em se manter apta a regular os novos fatos e controvérsias surgidas a partir da evolução tecnológica.<sup>154</sup> A legislação autoral foi construída e publicada na década de noventa, época em que predominava o uso de mídias analógicas como o VHS e o CD. Naquele contexto, o uso de mídias digitais ainda era residual. A internet começava a dar os primeiros passos.

Desde então, a internet passou por inúmeras transformações, da web 1.0 à disrupção em andamento promovida pela web 3.0. Das questões relacionadas às cópias e distribuição de arquivos digitais até a desintermediação de produção de conteúdo promovida pela tecnologia de *blockchain*. Soma-se a isso, mais recentemente, a criação da tecnologia de NFT para expressar e publicar obras com registro de autenticidade e escassez. Nesse ínterim, a legislação autoral se manteve praticamente imutável ao longo de todo o período, salvo alguns ajustes na gestão coletiva de direitos autorais, incluídos pela Lei n.º 12853, de 2013.

---

151 “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - contrafação - a reprodução não autorizada;” (Lei nº 9610/98)

152 Direitos autorais em reforma / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. 122p.

153 Id. Direitos autorais em reforma.

154 EVANS, Tonya M. Cryptokitties, cryptography, and copyright. *AIPLA QJ*, v. 47, p. 219, 2019



O advento da tecnologia de *blockchain* e de NFT pode retornar ao produtor de conteúdo a garantia de seus direitos, especialmente quanto a inibição da pirataria. Seria possível piratear um NFT? Ainda que seja possível fazer a cópia de um arquivo digital, copiando, por exemplo, a imagem de um NFT, essa reprodução carece de valor em razão da ausência de autenticidade conferida pelo registro imutável. Ao se registrar qualquer obra através de um token não fungível, torna-se muito mais fácil reconhecer a autoria pelo registro na cadeia de blocos.

Para Tonya M. Evans “o controle do token e a propriedade são garantidas pela posse do par de chaves assimétricas público-privada, o que, por sua vez, impede a falsificação e a pirataria.”<sup>155</sup> <sup>156</sup> Dessa forma, o recrudescimento estatal em impor leis visando combater a pirataria - sob justificativa das supostas mazelas causadas por ela -,<sup>157</sup> pode se esvaziar de sentido em razão do *design* tecnológico da web 3.0. As características intrínsecas da tecnologia permitem que elas sejam ótimas aliadas em defesa dos direitos autorais e, sobretudo, contra a pirataria.

No entanto, apesar da garantia de autenticidade e escassez da obra, há discussões quanto ao fato dos arquivos vinculados ao NFT, sejam de imagem ou som, não estarem armazenados efetivamente em uma *blockchain*. De fato, as imagens de um NFT são, atualmente, armazenadas em servidores centralizados, como o *Google Drive*, por exemplo, e *hiperlinks* as vinculam aos NFT's.<sup>158</sup> Essa situação pode, eventualmente, vulnerabilizar direitos e garantias dos titulares de direitos autorais.

## 2.2. Armazenamento Centralizado de NFT,s – Desafios Tecnológicos e Jurídicos

A breve passagem pela temática se justifica em função das implicações quanto a propriedade da obra e, especialmente, no que toca a conciliação da nova tecnologia e a lei de direitos autorais. Em uma recente publicação, Moxie Marlinspike, criador do *Signal* -

<sup>155</sup> EVANS, Tonya M. Cryptokitties, cryptography, and copyright. *AIPLA QJ*, v. 47, p. 219, 2019.

<sup>156</sup> Nos termos originais: “It is the creator’s public-private asymmetric key pair that secures ownership and control of the token and prevents counterfeiting and piracy.”

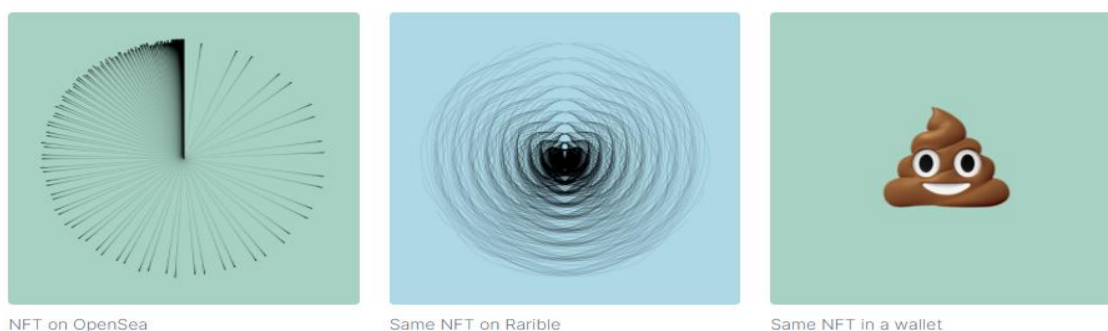
<sup>157</sup> Direitos autorais em reforma / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. 122p.

<sup>158</sup> WILLIAMS, Sam; JONES, Will. Archain: An Open, Irrevocable, Unforgeable and Uncensorable Archive for the Internet. Publicado em: 2 aug. 2017.

aplicativo de mensagens instantâneas -, publicou um artigo criticando à web 3.0 e, mais especificamente, os NFT's.<sup>159</sup>

O artigo relata que os dados ou imagens não são gravados na cadeia de blocos, mas são ligados ao NFT por um endereço eletrônico que os vinculam. O experimento se baseou na criação de um NFT, publicado no *marketplace* da *Opensea* e da *Rarible*, cuja imagem se alterava com base no IP. Usuários de plataformas diferentes passaram a ver imagens diferentes de um mesmo NFT (FIGURA 1). Logo após o acontecido, a *Opensea* removeu o NFT de sua plataforma.<sup>160</sup>

**FIGURA 1 – MESMO NFT E IMAGENS DIFERENTES**



Fonte: MARLINSPIKE, Moxie<sup>161</sup>

Interessante observar que as imagens excluídas pela *Opensea* também se apagaram nas carteiras que a detinham. A experiência demonstrou a fragilidade do armazenamento centralizado de imagens vinculadas aos NFT's. A plataforma de *marketplace*, ao remover a imagem sem o consentimento do proprietário, explicitou a precariedade no que se refere à propriedade do item digital e, além disto, à proteção dos direitos autorais.

Como comprovar a autoria de uma obra em tais circunstâncias? O mero apagamento de imagens, vinculadas à NFT's, em servidores seria suficiente para impossibilitar a comprovação da autoria? E a modificação de imagens relacionadas ao mesmo NFT, quais prejuízos poderiam acarretar aos direitos autorais? As respostas aos questionamentos têm o potencial de extrapolar as questões autorais e trazer enormes implicações até mesmo para a credibilidade da própria web 3.0.

<sup>159</sup> MARLINSPIKE, Moxie. My First Impressions of web 3.0. Publicado em: 07 jan. 2022. Disponível em: < <https://moxie.org/2022/01/07/web3-first-impressions.html> >. Acesso em: 26 jan. 2022

<sup>160</sup> Id. MARLINSPIKE, Moxie.

<sup>161</sup> Id. MARLINSPIKE, Moxie.

A despeito do surgimento do padrão ERC-721 ter permitido a criação de identidade digital e escassez, as imagens e informações dos NFT's vinculadas a esses *tokens* ainda são armazenadas em servidores centralizados, como da *Opensea*. Essa situação pode trazer riscos adicionais à garantia de proteção dos direitos autorais, conforme exposto no exemplo supracitado, onde a imagem se alterava a depender do IP de acesso.

Um NFT sem obra vinculada é apenas um registro criptográfico na cadeia de blocos. Comprovar a autoria nesse contexto pode se tornar um grande embaraço. De outro modo, alterar a imagem de um NFT, como no caso estudado acima, pode incorrer em ofensas morais e patrimoniais ao autor.

*Blockchain* e NFT, como tecnologias emergentes e em construção, apresentam constante atualização e inovação, além de muitas incertezas, as quais podem trazer dificuldades para o legislador e o operador do direito mediar em um campo de permanente transformação. Nessa toada, é importante mencionar a existência de projetos que se propõem a resolver o problema de armazenamento centralizado de NFT's, os quais podem clarear eventuais acordos e desacordos futuros em face da legislação autoral.

*Arweave* talvez seja o protocolo mais promissor que se propõe a resolver a problemática. O protocolo está sendo desenvolvido para armazenar dados em *blockweave*<sup>162</sup>, de forma permanente e descentralizada. Desta forma, os usuários de dados poderão armazenar informações, tal qual a imagem de um NFT, sem a necessidade de delegar o armazenamento a uma entidade central.<sup>163</sup>

O armazenamento de informações de forma permanente e descentralizada, além de devolver o controle de dados ao usuário, pode dificultar sobremaneira a remoção e a alteração de imagens por terceiros, como no caso da plataforma *Opensea*.<sup>164</sup> Assim, os direitos autorais podem ser mais bem resguardados, tal como o controle pleno sobre a propriedade de um NFT.

---

<sup>162</sup> Blockweave é uma estrutura similar a um blockchain. Nos termos originais da Fundação Arweave: "The blockweave is a blockchain-like structure designed to enable scalable on-chain storage in a cost efficient manner for the first time. As the amount of data stored in the system increases, the amount of hashing needed for consensus decreases, thus reducing the cost to store data.

<sup>163</sup> WILLIAMS, Sam; JONES, Will. Archain: An Open, Irrevocable, Unforgeable and Uncensorable Archive for the Internet. Publicado em: 2 aug. 2017.

<sup>164</sup> WILLIAMS, Sam; JONES, Will. Archain: An Open, Irrevocable, Unforgeable and Uncensorable Archive for the Internet. Publicado em: 2 aug. 2017.

### 3. MEMES, OBRAS ARTÍSTICAS E LITERÁRIAS x NFT – REPERCUSSÕES ACERCA DOS DIREITOS AUTORAIS

Não apenas as artes se beneficiaram com a tecnologia. Agora tornou-se viável registrar memes com certificado de autenticidade e escassez. Seja em redes sociais ou aplicativos de conversa, os memes se multiplicam, principalmente, para expressar opiniões humoradas frente a uma notícia. Alguns memes tomam proporções que extrapolam fronteiras, mas até então nenhum registro de autenticidade era possível.

O meme “Disaster Girl”, que retrata uma menina em frente a uma casa em chamas, foi vendida como NFT por US\$ 480 mil dólares, indicando uma tendência de um novo negócio.<sup>165</sup> Até mesmo esculturas imaginárias já são registradas em *blockchain*. A obra “Io sono”, de Salvatore Garau, existente apenas no plano das ideias, foi arrematada na Galeria Art-Rite de Milão pelo valor de 15 mil euros. O Autor da obra estipula um espaço de 150 cm x 150 cm para uma escultura que não pode ser captada pelos sentidos.<sup>166</sup>

A redação do diploma autoral se mostra sensível à passagem do tempo e a permanente evolução tecnológica, ao expressar que a obra intelectual e as criações do espírito podem ser expressas em qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, conhecido ou que se invente no futuro.<sup>167</sup> Nesse sentido, *tokens* se aliam às regras pátrias como um novo suporte.

Por outro lado, a expressão através de memes pode gerar controvérsias. A recente facilidade de registrar um meme como único, abre espaço para seu reconhecimento autoral. O rol exemplificativo, previsto na lei autoral, revela-se aberto à recepção dos memes como obras a serem protegidas. Entretanto, o uso de obras, imagens ou frases de terceiros para ilustrar um meme, quando usados sem a autorização ou em desconformidade com a lei, pode gerar prejuízos de ordem jurídica.

Nesse contexto, vale a pena destacar que, em recente decisão, o STJ decidiu que paródias podem ser monetizadas. A decisão se baseou no caso de um influenciador digital

---

165 FREITAS, Tainá. NFT: como artistas estão vendendo obras através de criptomoedas? Publicado em: 21 mai. 2021. Disponível em: < <https://app.startse.com/artigos/nft-artistas-vendas-criptomoedas>>. Acesso em: 17 nov. 2021

166 WACHOWICS, Marcos; CIDRI, Oscar. Direitos autorais e a Tecnologia NFT: Esculturas imaginárias e Destruição Criativa. Publicado em 11 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.gedai.com.br/direitos-autorais-e-a-tecnologia-nft-esculturas-imaginarias-e-destruicao-criativa/>>. Acesso em: 18 nov. 2021

167 “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:...” (Lei nº 9610/98)

que teve dois vídeos removidos por violação de Direitos Autorais. O influenciador tinha um canal dedicado a criação de paródias de artistas famosos.<sup>168</sup>

Seriam os memes análogos às paródias? Memes e paródias compartilham o mesmo tom humorístico ou satírico de algo, podendo ser um vídeo ou uma imagem. A paródia pode ser realizada, por exemplo, pela alteração de textos originais ou caricaturas com finalidade jocosa. Já o meme é uma forma de transmitir conteúdos humorados, incluindo as paródias, instantaneamente por redes sociais, assemelhando-se mais a um veículo de transmissão, podendo estar um contido no outro.

Assim, não parece haver impedimento para aplicar a decisão analogamente aos casos envolvendo memes, desde que o caso verse sobre a suposta ofensa aos Direitos Autorais. No entanto, os memes parecem indicar um potencial maior de ferir os direitos de personalidade, dada sua maior difusão e alcance na internet, do que paródias sobre artistas famosos.

Já o uso de esculturas imaginárias pode gerar uma maior discussão no que se refere ao seu agasalhamento pelo direito autoral. Seria a escultura imaginária, dentro de um espaço demarcado em uma determinada paisagem, uma criação do espírito a merecer proteção? O regulamento autoral é expresso em afirmar que as ideias não são objetos de proteção.<sup>169</sup> Embora a escultura imaginária se apresente apenas no plano das ideias de cada indivíduo, o conjunto da obra intelectual não é todo imaginativo ao se criar a possibilidade de imaginar algo dentro de um cenário expresso.

Se as criações do espírito são absorvidas pelos sentidos, os quais possibilitam a representação de realidade através da imaginação, essa não seria uma forma de apreciar uma obra intelectual - exclusivamente através da imaginação? Essas são perguntas que merecem maiores reflexões, a despeito de não pertencer ao presente objeto de estudo. As esculturas imaginárias e os memes existem por si mesmos, independentemente do suporte – blockchains e NFT's. No entanto, essas tecnologias permitem uma maior difusão dessas "obras" ao facilitar o registro único e a criação de escassez.

O registro de obras é livre, não havendo sua obrigatoriedade.<sup>170</sup> Entretanto, quando feita a opção de registro em órgão público encarregado pela atividade, há cobranças de

---

168 ALVES, Alexandre. SILVA, Priscilla. Impactos do caso do canal "não famoso" na política de governança do Youtube no Brasil. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2018.v4i2.4702. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias.

169 "Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I- as idéias..." (Lei nº 9610/98)

170 Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. (Lei nº 9610/98)

encargo em razão do custo de intermediação.<sup>171</sup>Registros distribuídos se conciliam muito bem no que diz respeito ao registro de obras. Ao se eliminar intermediários os custos de registro e publicação praticamente se tornam nulos, além de prover maior alcance das obras em razão da transnacionalidade da tecnologia.

A criação de obras de edição limitada em NFT's é comparável ao procedimento de pintura de quadros onde o artista vende cópias numeradas e assinadas.<sup>172</sup>A cunhagem do NFT e o registro de suas cópias em edição limitada a partir do blockchain, garante às cópias a mesma proteção de que goza a obra original, tal como os títulos, segundo os ditames da lei de direitos autorais.<sup>173</sup> 174

As transferências dos direitos do autor, nos termos da legislação autoral, pode divergir em relação ao que a tecnologia pode oferecer. A transmissão total e definitiva de direitos do autor, por exemplo, somente se admite quando estipulada mediante contrato escrito.<sup>175</sup> Contrato inteligente deve ser entendido como contrato análogo ao escrito? Parece que sim. Ao estabelecer acordo capaz de criar, modificar ou extinguir direitos, há formação de um contrato expresso, cujas obrigações e deveres são ajustadas por códigos e assinadas criptograficamente.

A validade contratual da cessão de direitos, apenas para o país em que se estabeleceu o contrato,<sup>176</sup>parece não haver mais espaço no âmbito da web 3.0. A nova internet construída em *blockchain* extrapola as fronteiras nacionais, tal como a internet precursora, com a diferença da desintermediação e desnacionalização propiciada pelas plataformas de contratos inteligentes. Dessa forma, lei que condiciona a validade contratual ao país em que é firmada poderá perder sua eficácia paulatinamente.

Controvérsias acerca dos direitos patrimoniais e morais do autor podem ser abrangidas. Contratos inteligentes permitem e facilitam a autorização prévia e expressa

---

171 Art. 20. Para os serviços de registro previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais. (Lei nº 9610/98)

172 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

173 Art. 9. À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza original. (Lei nº 9610/98)

174 Art. 10. A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmogênero, divulgada anteriormente por outro autor. (Lei nº 9610/98)

175 "Art. 49. II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;" (Lei nº 9610/98)

176 "Art.49. V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;" (Lei nº 9610/98)



do autor, para a utilização de sua obra, de forma customizada. Direitos de conservação da obra, autoria e acesso a exemplar único e raro são praticamente garantidos pelo uso dos NFT's. Além disso, *tokens* e contratos inteligentes permitem maior controle sobre os direitos de reprodução, duração da obra e prazos de proteção sobre direitos patrimoniais.

A transmissão dos direitos de autor aos sucessores se torna favorecida pelo uso de chaves privadas. A transferência a terceiros tende a se tornar mais simples pelo uso dos NFT's e contratos inteligentes, prescindindo-se acerca da necessidade de documentos e contratos escritos e onerosos, o que pode tornar leis obsoletas e ineficazes frente às novas tecnologias e costumes sociais.

A tecnologia apresenta muito mais pontos de conciliação frente à defesa e a proteção dos direitos autorais do que o contrário. O sistema legal de direitos autorais foi construído com fundamento na escassez,<sup>177</sup> principal característica atribuída ao NFT. No entanto, ajustes normativos se tornam importantes perante às grandes transformações tecnológicas e sociais à vista.

### 3.1. Novas perspectivas e o Creative Commons

*Creative Commons* é uma entidade não governamental e sem fins lucrativos, cuja finalidade é permitir a cópia e o compartilhamento de obras criativas com restrições customizadas, contribuindo, assim, para a expansão de obras disponíveis.<sup>178</sup> A fundação foi criada em 2001, pelo professor Lawrence Lessig, em resposta a rigidez de todos os direitos reservados. Posteriormente, em 2005, o instituto abrangeu trabalhos científicos e, desde então, as licenças *Creative Commons* foram expandidas e compatibilizadas com as leis de direitos autorais em diversos países,<sup>179</sup> incluindo o Brasil, que teve a versão 3.0 lançada no Campus Party, em 2009.<sup>180</sup>

À primeira vista, pode parecer que as licenças CC constituem uma entidade isolada e sem qualquer interação com o sistema de proteção aos direitos autorais, ou até mesmo ser considerada um sistema alternativo, ou substitutivo à legislação vigente. De modo contrário, as licenças CC foram criadas com base na legislação autoral com a finalidade de permitir aos autores uma maior gestão sobre os direitos de uso de suas obras. As licenças

---

177 Branco, Sérgio O que é Creative Commons? novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo / Sérgio Branco, Walter Britto. - Rio de Janeiro : Editora FGV, 2013. 176 p. (Coleção FGV de bolso. Direito & Sociedade)

178 Disponível em: <<https://br.creativecommons.net/>>. Acesso em: 11. Fev. 2022

179 Dowling, John D.H. "Creative Commons." Encyclopaedia of Social Movement Media (2011): 1---3. SAGE Knowledge, 01 Dec. 2010. Web.

180 Id. Branco, Sérgio.

CC, ao permitir que os detentores de direitos autorais possam flexibilizar ou restringir determinados direitos de uso, funcionam como uma extensão do sistema de proteção aos direitos autorais.

As licenças CC somente devem ser usadas apenas enquanto perdurar as proteções autorais, uma vez que quando a obra entra em domínio público não há mais proteção autoral que justifique a aplicação das licenças. Portanto, licenças CC não existem sem o sistema de proteção aos direitos autorais, o que reforça a relação dependência e complementariedade delas em face dos direitos autorais.

A tecnologia de NFT pode se tornar um elemento adicional na relação necessária entre as licenças CC e os direitos autorais, à medida que oferece originalidade a qualquer item físico ou digital, inclusive obras autorais que se utilizem de licenças CC, através de registro em *blockchain*. Nesse sentido, quais seriam as implicações jurídicas acerca da interseção entre NFT's, direitos autorais e licenciamento CC? Seriam as declarações de vontade personalizadas, a respeito da produção de conteúdos e obras, excludentes em relação aos NFT's? Para Lawrence Lessig não há nenhum conflito entre as leis de direitos autorais e as licenças customizadas, mas apenas quanto as restrições impostas pelo *copyright*<sup>181</sup>, as quais restringem a liberdade.<sup>182</sup> No entanto, o surgimento da nova tecnologia já causa muitas dúvidas e perguntas, ainda sem respostas, quanto a sua interseção com as licenças customizadas e os Direitos Autorais.

A chave para essas respostas pode estar nos contratos inteligentes, cujas regras podem ser definidas da mesma forma que cláusulas em um contrato particular. A diferença reside no fato de que as "cláusulas" são aplicadas por códigos de maneira automática e as interações entre as partes são irreversíveis.<sup>183</sup> Quanto a irreversibilidade, pouco se diferencia, em regra, do contrato jurídico uma vez celebrado, por força do princípio da força obrigatória dos contratos.

Para o direito, o contrato realiza leis entre as partes – "*pacta sunt servanda*", ou seja, visto que não exista violação de lei e não haja defeito no negócio jurídico, as partes se

---

181 "Espécie de propriedade intelectual que concede ao autor de uma obra direitos exclusivos por um determinado tempo." Miller, Frederic P., Agnes F. Vandome, and John McBrewster. Creative Commons: Non-profit Organization, Creativity, Copyright, License, Creative Commons Licenses, Waiver, Creative Commons International, Copyleft. Beau Bassin, Mauritius: Alphascript Pub., 2009. Print.

182 No termos originais: "Therefore, Creative Commons and Lessig have no problem with copyright itself, but the ways that it limits freedom through its restrictions and the constantly extended time periods placed on the copyright." Cyberlawyer 2.0." The Economist 8 Dec. 2007: 31(US). Academic OneFile. Web.7 Oct. 2013.

183 Disponível em: <https://ethereum.org/pt-br/developers/docs/smart-contracts/>. Acesso em: 11 fev. 2022.

obrigam, salvo hipóteses de caso fortuito ou força maior. As mitigações à obrigação do contrato talvez consista na mais importante diferença entre o contrato jurídico e o contrato inteligente. A rigidez irreversível dos contratos inteligentes pode causar certa perplexidade ao jurista e ao operador do direito tendo em vista as flexibilizações às obrigações contratuais, bem como conflitar com o arcabouço legislativo vigente.

Ainda que não seja objeto do presente estudo, vale ressaltar haver protocolos em desenvolvimento visando arbitrar disputas em qualquer contrato descentralizadamente a partir de contratos inteligentes.<sup>184</sup>Tais iniciativas têm o potencial de aproximar a realidade contratual jurídica da realidade da web 3.0, diminuindo a burocracia e os eventuais atritos com o sistema legal.

Apesar da irretratabilidade dos contratos inteligentes, as licenças *Creative Commons* se aliam bem à tecnologia, dado que os sete padrões de licença usados regularmente podem ser definido em código de contratos inteligentes ou por metadados relacionados aos NFT's. Torna-se mais fácil, inclusive, padronizar a obra de acordo com determinados grupos de usuários ou indivíduos, dada a facilidade de controle e rastreo.

Desta forma, nada impede que criadores e público se utilizem das licenças em suas relações no âmbito das *blockchains*. As licenças nasceram de uma maior necessidade de flexibilização dos direitos do autor diante das limitações e restrições do *copyright*.

Ronaldo Lemos<sup>185</sup> sobre a internet e as transformações na propriedade intelectual:

A grande promessa da Internet era exatamente esta: romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tornasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração da mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição. Substituir o broadcast puro pela comunicação de um para todos.

Assim, a promessa de uma internet aberta, verdadeiramente descentralizada, sem barreiras entre produtor e consumidor, surge outra vez. Mais do que se conciliar com as

---

184 LESAEGE, Clément; AST, Federico; GEORGE, William. Kleros. Short Paper v1.0.7. 2019. Disponível em: <whitepaper.pdf (kleros.io)>. Acesso em: 20 mai. 2021.

185 LEMOS, Ronaldo. Creative Commons, Mídia e as Transformações Recentes do Direito da Propriedade Intelectual. Revista Direito GV. V. 1 N. 1 | P. 181 - 187 | MAIO 2005 : 181

licenças "*creative commons*", a tecnologia oferece muitas outras oportunidades a mais sobre compartilhamentos, distribuição, licenciamento e recombinação de conteúdos.

#### 4. NFT, BLOCKCHAIN E A INDÚSTRIA DA MÍDIA

Direito autoral é tema central no que se refere aos NFT's. O mundo da música, em 2017, gerou 43 bilhões de dólares em receita, mas apenas 12% desse valor se reverteu aos artistas. Atualmente, uma série de desafios são enfrentados pelos artistas para fazer valer seus direitos autorais. Pouca transparência em relação às fontes de pagamento dos artistas, camadas de intermediários que geram atrasos no pagamento e burocracias para licenciamento são alguns desses problemas.<sup>186</sup>

Atualmente, ainda existem diversos intermediários cuja finalidade é administrar os direitos autorais, tais como: gravadoras, licenciadores, editores, associações de gestão coletiva, entre outros. Essas instituições gozam de importante prestígio, tendo capítulos exclusivos para regular suas atividades na lei de direitos autorais.

As gravadoras são instituições que visam prover estrutura profissional de gravação, produção e distribuição de suporte – algo muito difícil para o artista patrocinar por sua própria conta. Já os licenciadores musicais são responsáveis por garantir a coleta de taxas em caso de utilização de músicas. A figura do editor, de outra forma, obriga-se a reproduzir e a divulgar obra literária, artística ou científica, tendo como contrapartida o direito de explorá-la e publicá-la pelo prazo e condições ajustadas com o autor. Dessa forma, os artistas podem se manter em posição vulnerável frente aos interesses dos intermediários.

Essas instituições desempenham funções que variaram de importância ao longo dos últimos anos, na medida da evolução das indústrias de mídia. As gravadoras, outrora fundamentais - na época que antecedeu a adoção da internet-, tiveram suas atividades diminuídas pelo avanço tecnológico dos suportes. Os licenciadores musicais, ao contrário, aumentaram sua atividade nos últimos anos, de modo a acompanharem a evolução tecnológica. Os editores musicais, igualmente, se adaptaram, prestando serviços de licenciamento musical via contrato único para *outlets* de música.<sup>187</sup>

O poder econômico dessas entidades centralizadas pode gerar distorções no mercado musical. A prerrogativa de escolher quais artistas devem emergir ao estrelato e quais devem ser manter no anonimato extrapola a finalidade precípua de gravadoras, o

---

186 RUMBURG, Roneil; SETHI, Sid; NAGARASH, Hareesh. Audius: A decentralized Protocol for Audio Content. Publicado em: 8 ago. 2020

187 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

que pode ser determinante, inclusive, para os rumos culturais da sociedade, refletindo-se em comportamentos e costumes.

Além disso, o modelo de negócio das empresas que administram direitos autorais é construído com base no lucro, cuja mercadoria consiste na arte e criatividade de autores e interpretes. Essa situação contribui para redução do potencial de ganhos dos autores, sendo eles remunerados através da participação percentual na forma de *royalties*, em que a origem está em contratos de direitos de reprodução e distribuição.

A digitalização da economia musical transformou drasticamente as relações entre os tradicionais intermediários e os autores. Plataformas de *streaming* como o Pandora e o *Spotify*, assumiram a liderança do formato de distribuição musical, oferecendo opções de bibliotecas digitais através de assinaturas mensais. Os valores são distribuídos numa relação de 70% para os titulares e 30% para as plataformas, sendo que a fatia dos titulares são repartidas entre os editores e artistas.<sup>188</sup>

A internet evoluiu durante os últimos anos e, junto a ela, toda a indústria de mídia. Antigos intermediários precisaram se reinventar e até mesmo se associar às novas plataformas de *streaming*. O que pouco evoluiu foram as relações de dependência entre os verdadeiros titulares de direitos autorais e as instituições responsáveis por administrar esses direitos. Atualmente, os intermediários vestem outra roupa, utilizando-se não apenas de conteúdo musical, mas também de metadados gerados pelo fluxo de informações de consumo de conteúdo e hábitos dos usuários. Os produtores de conteúdo, ao contrário, permanecem na mesma posição de risco assumido e vulnerabilidade frente às bigtechs de entretenimento.

A expectativa de redescentralizar a internet pode trazer novas esperanças para reequilibrar essa balança em benefício de autores e, inclusive, dos usuários. A possibilidade de receber *royalties* de forma distribuída e direta a partir de contratos inteligentes têm o potencial de ultrajar o *status quo*, redistribuindo o poder da rede exclusivamente entre a comunidade, sejam artistas, usuários ou investidores. As baixas taxas de transação podem maximizar os ganhos e os usuários podem receber participações e premiações dos seus artistas favoritos pela medida de interação.<sup>189</sup>

Toda essa transformação está sendo amplificada pelo uso dos NFT's, tecnologia integrada ao blockchain e aos contratos inteligentes. Os NFT's estão remodelando diversas

---

188 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

189 RUMBURG, Roneil; SETHI, Sid; NAGARASH, Hareesh. Audius: A decentralized Protocol for Audio Content. Publicado em: 8 ago. 2020.

indústrias, sendo a indústria musical uma das principais. De agora em diante é possível a retomada do controle criativo pelos artistas em um modelo de negócios que prescinde de intermediários.

Áudios de músicas já podem ser representados por certificados de propriedade exclusiva, garantidos por NFT's. Esse certificado de propriedade pode ser verificado a qualquer instante dentro de uma rede de blockchain, além de estar disponível para ser transacionada a qualquer tempo, durante as vinte e quatro horas do dia, sem interrupção. Assim, os direitos autorais podem ser reivindicados sem a necessidade de dividir lucros com gravadoras ou outros intermediários.

Dessa forma, artistas podem se conectar ao público através da venda de músicas, álbuns completos, artes digitais, fotos, ingressos para shows e vídeo clipes, compondo tudo isso diferentes formas de NFT's de música e entretenimento. Esse contexto pode oferecer oportunidades para artistas independentes e sem contratos com gravadoras auferir receitas através de músicas e conteúdos criativos, além de facilitar a administração dos seus direitos autorais de forma independente.

#### **4.1. Finanças Descentralizadas e Web 3.0 – A importância das tecnologias integradas ao NFT para a indústria da mídia.**

Diante de tantas notícias sobre o advento da tecnologia do token não fungível, pode parecer em um primeiro momento que se trata de uma entidade isolada, uma tecnologia que existe por si mesma. Entretanto, não é possível refletir sobre o NFT sem levar em consideração sua tecnologia subjacente de blockchain e contratos inteligentes. Da mesma forma, é de suma importância considerar sua integração com as plataformas de DEFI e Web 3.0, tendo em vista serem um dos principais meios em que é possível transacionar NFT's.

Tendo isso vista, torna-se importante frisar que uma das principais características de um token é a possibilidade dos indivíduos realizarem a auto-custódia, ou seja, não existe a necessidade de guarda por terceiros como um título ou uma ação. Os detentores de *token* podem armazená-los em uma carteira não custodial<sup>190</sup>, mantendo as chaves privadas sob sua posse, tornando a portabilidade um importante atributo.

Adicionalmente, toda a comunidade pode usufruir dos benefícios proporcionados pelas finanças descentralizadas. A manutenção desses fundos em carteira pode ser utilizada para prover segurança e apoiar as transações da rede de blockchain por processo

---

<sup>190</sup> Uma carteira de criptomoedas sem custódia é uma carteira em que apenas o titular possui e controla as chaves privadas. Disponível em: <https://academy.binance.com/pt/articles/custodial-vs-non-custodial-nfts-what-s-the-difference>. Acesso em: 22 fev. 2022



chamado *staking*<sup>191</sup>. Esse processo permite que os possuidores dos tokens possam ser remunerados por apostá-los na rede.

Prover liquidez em *exchanges* descentralizadas é outra alternativa interessante para artistas e usuários gerarem renda passiva através de seus *tokens*. Os participantes do mercado de finanças descentralizadas quando querem transacionar suas criptomoedas, trocando um *token* pelo outro, por exemplo, não mais o fazem pela tradicional lista de ordens de compra e venda. Agora isso é possível através de uma "*liquid pool*".

A *liquid pool* ou piscina de liquidez é composta pela formação de uma par de criptomoedas cuja relação é de 50% para cada. Quando um participante do mercado *Defi* – *Decentralized Finance* – quer trocar um token pelo outro, como, por exemplo, o token AUDIO pelo token USDC<sup>192</sup>, ele se utiliza de uma piscina de liquidez formada pelo par AUDIO/USDC. Ao efetuar essa troca o usuário do mercado Defi paga taxas na moeda nativa do protocolo. De outra forma, os investidores que proveem liquidez fornecendo o par de criptomoedas, AUDIO/USDC, por exemplo, recebem as taxas geradas pelos indivíduos que efetuam as trocas de moedas.

Outro interessante instrumento de Defi utilizado para rentabilizar em cripto é o *Yield Farm* ou "Mineração de liquidez. Essa estratégia permite que usuários de plataformas DEFI depositem seus fundos em contratos inteligentes para receberem recompensas em troca – um tipo de empréstimo. As recompensas recebidas então são movimentadas para outra plataforma Defi a fim de serem mais uma vez rentabilizadas através de outra estratégia financeira, seja de mineração de liquidez, empréstimo ou *staking*.

Quanto a medida de descentralização, *tokenomics* ou economia dos *tokens* é um importante fator a ser levado em consideração por uma comunidade construída em *blockchain*. Trata-se de um ecossistema econômico sustentado por tokens. A "tokenomia" se relaciona com as funções, recursos, distribuição, utilidade e valor de um token digital. A partir de então, a comunidade pode participar do desenvolvimento e da governança do projeto, por exemplo, criando valor para a comunidade.

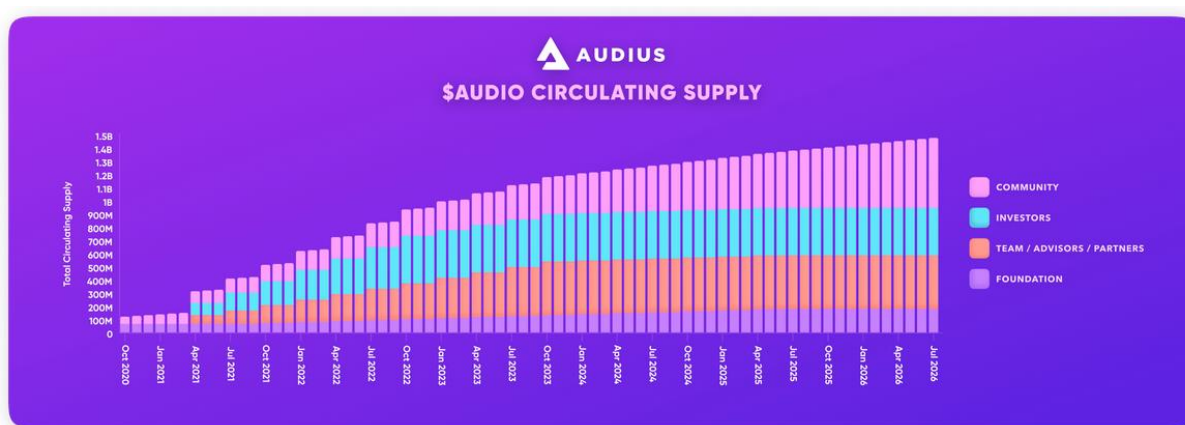
---

191 Como o staking funciona? O staking envolve validadores que bloqueiam suas moedas na rede para ter chance de serem selecionados, aleatoriamente, pelo protocolo para criação de um bloco. Geralmente, os usuários que fazem staking de maiores quantias, têm mais chance de serem escolhidos como validadores de bloco. Disponível em: <https://academy.binance.com/pt/articles/what-is-staking>. Acesso em: 22 fev. 2022.

192 USDC é uma criptomoeda estável que tem por finalidade representar o dólar americano. A criptomoeda é lastreada em ativos denominados em dólar. Disponível em: <https://www.gemini.com/cryptopedia/what-is-usdc-stablecoin-circle-crypto>. Acesso em: 22 fev. 2022.

A distribuição dos *tokens* pode ser determinante para os rumos da comunidade. Uma das medidas de descentralização de um protocolo se refere à concentração de *tokens* em posse dos participantes. Essa distribuição pode ser um importante parâmetro para identificar se determinado protocolo de *blockchain* é mais próximo de uma *DAO* – *Decentralized Automation Organization* ou de uma empresa transvestida de plataforma descentralizada. Abaixo observa-se o aumento gradual do suprimento circulante do *token* AUDIO temporalmente até julho de 2026 (FIGURA 2).

**FIGURA 2 – SUPRIMENTO CIRCULANTE DO TOKEN AUDIO**



Fonte: Audius 193

O gráfico de suprimento do token AUDIO, por exemplo, apresenta uma distribuição equilibrada entre os participantes da comunidade, investidores, equipe de desenvolvedores e parceiros. Se parcela considerável dos tokens se concentrar em posse de alguns poucos, há o risco de perda de controle sobre as decisões e a governança da plataforma pelos principais interessados, que são os artistas, intérpretes e os usuários. Os benefícios permitidos pela tecnologia poderiam se esvaziar em benefício daqueles que sempre controlaram a indústria da música.

Outra forma de concentrar poder em plataformas baseadas em *blockchain* seria através da concentração de validadores, elementos necessários em plataformas cujo algoritmo de consenso seja o *proof-of-stake*<sup>194</sup>. Os validadores de nós são responsáveis por validar transações e decisões da comunidade. A reunião desses nós em posse de

193 Disponível em: <https://audius.org/token>. Acesso em: 23 fev. 2022

194 Proof-of-stake é um algoritmo de consenso onde a seleção dos validadores de blocos tem por base a quantidade de moedas que eles travam na rede. Disponível em: <https://academy.binance.com/en/glossary/proof-of-stake>. Acesso em: 31 mar. 2022.

poucos tem o potencial de centralizar os rumos da comunidade, vulnerabilizando os interesses dos usuários.<sup>195</sup>

Essa breve consideração sobre DEFI, economia dos tokens e contratos inteligentes se torna importante por serem as tecnologias que compõem o sistema tecnológico de sustentação aos NFT's. Sem essa tecnologia subjacente o NFT não existiria da forma como existe hoje. O NFT nada mais é do que um token emitido a partir de uma blockchain e que só pode ser transacionado mediante contratos inteligentes. Todo esse sistema tecnológico representa o que hoje é conhecido como web 3.0.

A web 3.0 apresenta uma interessante oportunidade para democratizar o acesso do público e de artistas de qualquer tamanho. Definir quais artistas serão bem-sucedidos pode não depender mais dos tradicionais intermediários. Compensações recíprocas entre artistas e consumidores de conteúdos tende a atrair atenção do mercado artístico, permitindo a adoção em massa da tecnologia. As finanças descentralizadas pode ser mais uma oportunidade para maximizar os benefícios.

A legislação autoral se mostra aberta à passagem do tempo e a permanente evolução tecnológica, o poder da tecnologia de conectar diretamente o público aos autores pode ter grande influência sobre a forma de comunicação e a utilização das obras. Além disso, essas novas tecnologias podem influenciar a estrutura social e os valores culturais, moldando comportamentos e costumes, o que conseqüentemente pode influenciar as normas, derogando-as.

## **5. METAVERSO E DIREITOS AUTORAIS – A PRÓXIMA FRONTEIRA PARA OS NFT'S E A INDÚSTRIA DE MÍDIA**

A propriedade no mundo virtual somente se tornou possível a partir do advento do NFT. Agora qualquer item no mundo virtual pode ser individualizado e representado por tokens não fungíveis. Dessa forma, a propriedade ganhou uma conotação mais própria no mundo virtual e isso pode mudar tudo. Terrenos, imóveis e qualquer outro tipo de item pode ser adquirido no metaverso e portado pelo seu proprietário. Dessa forma, a reprodução da vida em um universo virtual paralelo abre espaço para que as relações entre público e artista também aconteçam nesse ambiente.

Atualmente, a música ao vivo, baseada em shows e turnês, consiste na mais importante parcela de arrecadação artística. Nos últimos anos cresceu a quantidade de shows e superproduções. A facilidade de administração e arrecadação dos recursos obtidos

---

<sup>195</sup> BENEDETTI, Hugo. Public Blockchains and Applications. In: The Emerald Handbook of Blockchain for Business. Emerald Publishing Limited, 2021.

através da venda de ingressos é um dos motivos pelo qual houve um grande incremento na lucratividade e renda de artistas.<sup>196</sup>

Por outro lado, a integração de tecnologias como blockchain, NFT's e realidade virtual aumentada tornaram o desenvolvimento do metaverso possível. O termo metaverso, até recentemente desconhecido pelo público, ganhou notoriedade a partir da mudança de nome da empresa Facebook para Meta. O metaverso tem sido entendido como a próxima fronteira da internet, uma realidade virtual imersiva onde será possível interagir, aprender, colaborar e jogar. Para explorar esses ambientes e melhorar a percepção dos sentidos haverá integração de tecnologias de sensores, óculos inteligentes e realidade virtual aumentada.<sup>197</sup>

Em 2019, acontecia o primeiro show em um ambiente virtual imersivo, na plataforma de jogos, Fortnite, com apresentação do Dj Marshmelo assistida por 10 milhões de pessoas. No ano seguinte, o artista Travis Scott reuniu 10 milhões de jogadores na mesma plataforma. Recentemente, a empresa Meta patrocinou shows de grandes artistas no ambiente de artes e entretenimento, Horizon Venues, um dos espaços que compõem o metaverso em construção da empresa.<sup>198</sup>

Diversos outros projetos baseados em *blockchain* podem ser enquadrados na categoria de metaverso, de jogos "*play-to-earn*" às plataformas imersivas de realidade virtual. Os jogos apoiados em *blockchain* são, no tempo atual, o aspecto mais próximo da concepção de metaverso. Essas plataformas de jogos permitem que as pessoas joguem e sejam remuneradas pelo token nativo da plataforma, consoante a participação delas. A propriedade de itens é garantida pela posse de NFT's, os quais podem ser usados para evoluir na economia do jogo e ganhar mais tokens. A infraestrutura de "*bridges*"<sup>199</sup> e contratos inteligentes tornam possível a interoperabilidade e a propriedade de bens, além de taxas mais baixas.

---

196 PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

197 Disponível: <https://about.facebook.com/br/meta/>. Acesso em: 25 fev. 2022

198 CARDOZO, Missila Loures. Impactos da Pandemia na Indústria Gamer. Intercom-Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. 31, n. 1, p. 1-15, 2020.

199 As Crypto Bridges ou Bridges são responsáveis por podermos interligar as diferentes blockchains existentes e podermos interoperar entre elas, diversificando e aumentando a usabilidade e o alcance das criptomoedas e dos ecossistemas que são construídos em torno delas. Disponível em: <https://academy.bit2me.com/pt/o-que-%C3%A9-uma-ponte-de-criptografia/>. Acesso em: 30 mar. 2022

Os metaversos em desenvolvimento compartilham da mesma infraestrutura tecnológica dos jogos “play-to-earn”.<sup>200</sup> Uma importante diferença reside na maior imersão que o metaverso pode oferecer aos usuários através de tecnologias que visam reproduzir as sensações humanas dentro da realidade paralela, ou seja, uma maior integração entre o usuário e a internet permitida por sensores e realidade virtual aumentada.

Muitos projetos de metaverso apareceram na carona do avanço do mercado de criptografia. Alguns deles são notoriamente centralizados, como o Meta de Mark Zuckerberg, empresa de redes sociais que imergirá na nova realidade virtual imersiva. Alguns outros apresentam a economia de *tokens* mais concentrada em posse de poucos, aproximando-se mais da realidade de uma empresa transvestida de plataforma descentralizada. Por fim, há aquelas administradas mediante organizações autônomas e descentralizadas.

Resta saber qual ou quais metaversos artistas de todo mundo devem aderir. Questões relativas às taxas, interoperabilidade e economias dos tokens podem ser determinantes para a adesão do público e artistas, e até mesmo questões ligadas à proteção da privacidade. A resposta à pergunta sobre quais metaversos sairão vencedores tem o potencial de definir se as possibilidades oferecidas pela tecnologia serão desfrutadas em sua plenitude ou serão deixadas de lado em benefício daqueles que controlam a indústria da mídia e da tecnologia, perpetuando antigos desequilíbrios em desfavor de autores e intérpretes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tokenização é um importante instrumento para garantir a autenticidade e o rastreio de fonogramas, obras artísticas e literárias. De agora em diante perdas autorais atribuídas à pirataria poderão ser reduzidas por efeito do *blockchain* e dos contratos inteligentes. No entanto, o armazenamento centralizado dos arquivos vinculados aos NFT's pode trazer novos obstáculos e desafios para a proteção dos direitos autorais.

Nesse contexto, o *status quo* da indústria de mídia tende a ser severamente afetado. A descentralização e os contratos inteligentes já permitem novas formas de produzir conteúdo e artes, seja por memes ou até mesmo esculturas imaginárias, que agora podem ser registradas por *tokens* não fungíveis. A conexão direta entre autor e público por contratos inteligentes, mais do que se aliarem às licenças CC, criarão outras possibilidades de customização de licenças de uso em oposição ao *copyright*.

---

200 ORDANO, Esteban et al. Decentraland: A Blockchain-based Virtual World.



A tradicional indústria da mídia baseada em grandes intermediários, que controlam o mercado e administram os direitos autorais, deve ter seu espaço reduzido. No entanto, há o risco de manutenção do controle por grandes empresas a partir da concentração de *tokens* e validadores de plataformas voltadas para a indústria musical e artística.

A imersão no Metaverso, como espaço de entretenimento para apresentação de shows, consolidou-se através do surgimento dos NFT's. O metaverso pode ser uma excelente oportunidade para o empoderamento de autores e intérpretes na medida que se torna possível se relacionarem diretamente com os fãs, desonerando os custos de intermediação. Por outro lado, empresas como a Meta, podem perpetuar essa relação de dependência para com as "autoridades centrais", tornando custoso e inviável o acesso para artistas de menor expressão.

Dessa forma, a web 3.0 proporciona possibilidades que se conciliam fortemente com os princípios mais elevados de proteção ao autor, bem como os direitos de acesso à cultura e a informação. Se a finalidade precípua das leis autorais é proteger o vínculo entre o autor e a sua obra, há de se ter cuidado para as leis não cercearem as oportunidades oferecidas por essas tecnologias. Afinal, a utilização, publicação ou reprodução de obras são direitos exclusivos do autor<sup>201</sup>, cabendo a ele dar lhes o destino que melhor lhe aprouver.

## REFERÊNCIAS

NATAL, Bruno. **Muito além do NFT: metaversos, Web 3.0 e o Futuro Digital**. MIT Technology Review, 14 abr. 2021. Disponível em: <<https://mittechreview.com.br/muito-alem-do-nft-metaversos-web3-e-o-futuro-digital/>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

**Sotheby's second NFT auction presents first ever minted NFT from 2014, rare Cryptopunk & more**. Disponível em: [http://www.mutualart.com/ExternalArticle/Sotheby-s-Second-NTF-Auction-Presents-Fi/F2CFBDE1D6A4DDAC?source\\_page=Auction](http://www.mutualart.com/ExternalArticle/Sotheby-s-Second-NTF-Auction-Presents-Fi/F2CFBDE1D6A4DDAC?source_page=Auction). Acesso em: 13 nov. 2021

Foundation team, foundation.app. **Everything you need to know about the metaverse**. Publicado em: 11 jan. 2021. Disponível em: < <https://foundation.app/blog/enter-the-metaverse>>. Acesso em: 16 nov. 2021

RUMBURG, Roneil; SETHI, Sid; NAGARASH, Hareesh. **Audius: A decentralized Protocol for Audio Content**. Publicado em: 8 ago. 2020

---

201 "Art. 5º, XXVII, CF – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar"



FREITAS, Tainá. **NFT: como artistas estão vendendo obras através de criptomoedas?** Publicado em: 21 mai. 2021. Disponível em: < <https://app.startse.com/artigos/nft-artistas-vendas-criptomoedas>>. Acesso em: 17 nov. 2021

WACHOWICS, Marcos; CIDRI, Oscar. **Direitos autorais e a Tecnologia NFT: Esculturas imaginárias e Destruição Criativa.** Publicado em 11 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.gedai.com.br/direitos-autorais-e-a-tecnologia-nft-esculturas-imaginarias-e-destruicao-criativa/>>. Acesso em: 18 nov. 2021

LEMOS, Ronaldo. **Creative Commons, Mídia e as Transformações Recentes do Direito da Propriedade Intelectual.** Revista Direito GV. V. 1 N. 1 | P. 181 - 187 | MAIO 2005 : 181

FISHER, William. **Theories of Intellectual Property.**

**Direitos autorais em reforma /** Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. 122p.

Heines, Roger; Dick, Christian; Pohle, Christian; and Jung, Reinhard, **"The Tokenization of Everything: Towards a Framework for Understanding the Potentials of Tokenized Assets"** (2021). PACIS 2021 Proceedings. 40. <https://aisel.aisnet.org/pacis2021/40>.

Moringiello, Juliet; Odinet, Christopher. **The Property Law of Tokens.** Florida Law Review (forthcoming 2022).

Valeonti, F.; Bikakis, A.; Terras, M.; Speed, C.; Hudson-Smith, A.; Chalkias, K. **Crypto Collectibles, Museum Funding and Open GLAM: Challenges, Opportunities and the Potential of Non-Fungible Tokens (NFTs).** Appl. Sci. 2021, 11, 9931. <https://doi.org/10.3390/app11219931>

Stern, Simon. **"FROM AUTHOR'S RIGHT TO PROPERTY RIGHT."** *The University of Toronto Law Journal*, vol. 62, no. 1, University of Toronto Press, 2012, pp. 29–91, <http://www.jstor.org/stable/41429405>.

Dias, Edmilson; Lopes, Jerisnaldo; Piaui, Deise. **Transformação Digital: Direitos Autorais e os Impactos dos Tokens Digitais (NFT) na Sociedade.** Anais do VII ENPI – ISSN: 2526-0154. Aracaju/SE – 2021. Vol. 7/n. 1/ p.2034-2043 2034

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.**

BALDISSERA, Welington; FORTES, Vinícius. **Pirataria Digital e Plataformas de Streaming: Problema ou Solução na Tutela de Direitos Autorais?** Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 3, pp. 889-913, Set.-Dez. 2019.

BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2832/Sergio%20Branco%20-%20Direitos%20Autorais%20na%20Internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

EVANS, Tonya M. **Cryptokitties, cryptography, and copyright**. AIPLA QJ, v. 47, p. 219, 2019.

MARLINSPIKE, Moxie. **My First Impressions of web 3.0**. Publicado em: 07 jan. 2022. Disponível em: < <https://moxie.org/2022/01/07/web3-first-impressions.html> >. Acesso em: 26 jan. 2022

WILLIAMS, Sam; JONES, Will. **Archain: An Open, Irrevocable, Unforgeable and Uncensorable Archive for the Internet**. Publicado em: 2 aug. 2017.

PESSERL, Alexandre. **NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais**. RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 255-294, 2021

CAMPOS, Emília Malgueiro. **Criptomoedas e Blockchain: O Direito no Mundo Digital**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

Dowling, John D.H. **“Creative Commons.” Encyclopaedia of Social Movement Media (2011)**: 1---3. SAGE Knowledge, 01 Dec. 2010. Web.

Branco, Sérgio. **O que é Creative Commons? novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo** / Sérgio Branco, Walter Britto. - Rio de Janeiro : Editora FGV, 2013. 176 p. (Coleção FGV de bolso. Direito & Sociedade)

Cyberlawyer 2.0. The Economist 8 Dec. 2007: 31(US). Academic OneFile. Web.7 Oct. 2013.

LESAEGE, Clément; AST, Federico; GEORGE, William. **Kleros**. Short Paper v1.0.7. 2019. Disponível em: < [whitepaper.pdf \(kleros.io\)](#)>. Acesso em: 20 mai. 2021.

Wandmacher R. (2019) Tokenomics. In: Goutte S., Guesmi K., Saadi S. (eds) **Cryptofinance and Mechanisms of Exchange. Contributions to Management Science**. Springer, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-30738-7\\_7](https://doi.org/10.1007/978-3-030-30738-7_7)

KAMPAKIS, Stylianos. **Why do we need Tokenomics?** The Journal of The British Blockchain Association, v. 1, n. 1, p. 3636, 2018.

LO, Yuen C.; MEDDA, Francesca. **Assets on the blockchain: An empirical study of Token omics.** Information Economics and Policy, v. 53, p. 100881, 2020.

HASSAN, Samer; DE FILIPPI, Primavera. **Decentralized Autonomous Organization.** Internet Policy Review, v. 10, n. 2, p. 1-10, 2021.

ALVES, Alexandre. SILVA, Priscilla. **Impactos do caso do canal “não famoso” na política de governança do Youtube no Brasil.** 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2018.v4i2.4702. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias.

CARDOZO, Missila Loures. **Impactos da Pandemia na Indústria Gamer.** Intercom-Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. 31, n. 1, p. 1-15, 2020.

BENEDETTI, Hugo. **Public Blockchains and Applications.** In: The Emerald Handbook of Blockchain for Business. Emerald Publishing Limited, 2021.

ORDANO, Esteban et al. **Decentraland: A Blockchain-based Virtual World.**

## **ESPORTE COMO INSTRUMENTO DE DIREITOS HUMANOS: GUERRAS, *APARTHEID*, ORGANIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM GRANDES EVENTOS**

**ANDRÉ GALDEANO SIMÕES:** advogado. Mestrando em Direito Desportivo pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Desportivo – Centro Universitário da Cidade/RJ e em Gestão Esportiva pelo Programa FGV/FIFA/CIES. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/RJ. Árbitro Desportivo do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

PAULO SÉRGIO FEUZ

(orientador)

*“O esporte tem o poder de mudar o mundo, o poder de inspirar e de unir um povo de uma forma difícil de conseguir de outra maneira.” (Nelson Mandela, 1995).*

**RESUMO:** O esporte e a guerra se correlacionam tendo a rivalidade e disputa presente entre os seus participantes. O esporte é um fenômeno integrativo que agrega distintas realidades exercendo importante papel social e político, uma vez que engloba diversas esferas, sejam elas de caráter socioeconômicas, étnicas e/ou raciais. A prática esportiva desenvolve habilidades físicas, sociais, cognitivas que independem de raça, cor, orientação sexual, religião e/ou nacionalidade representando relevante papel inclusivo, sendo fundamental para saúde, educação, turismo e outros setores. O esporte integra o conjunto de direitos que integram a Declaração Universal dos Direitos Humanos que possui como fundamentos “da liberdade, da paz e da justiça no mundo”. Significa que o esporte é cidadania e como tal, deve respeitar os direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana entre os períodos das duas grandes guerras passou a fazer parte de diversos tratados e convenções internacionais, entre eles podemos citar a Carta da ONU (1945), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), dentre outros. A doutrina coloca o respeito aos direitos humanos como princípio e o núcleo entre os demais direitos em um Estado Democrático de Direito que não pode se afastar da visão humanista em relação a proteção deste e os demais direitos. Sendo os direitos humanos fundamentais e indisponíveis. Historicamente, o esporte sempre foi utilizado, seja para o bem ou para o mal, como forma de desenvolvimento de ideologias e/ou pensamentos das camadas dominantes em seus respectivos períodos. O

artigo busca refletir sobre esporte como instrumento de direitos humanos ao longo da história até os tempos atuais.

**Palavras-chave:** direitos humanos, direito esportivo, guerras, apartheid, direitos fundamentais

**ABSTRACT:** Sport and war are correlated because rivalry and dispute are present among its participants. Sport is an integrative phenomenon that assemble different realities, playing an important social and political role, since it encompasses several spheres, whether of socioeconomic, ethnic, and/or racial nature. The practice of sports develops physical, social, and cognitive skills regardless of race, color, sexual orientation, religion, and/or nationality, and plays an important inclusive role, being fundamental for health, education, tourism, and other sectors. Sport is part of the set of rights that make up the Universal Declaration of Human Rights, which has as its foundations "freedom, peace, and justice in the world". This means that sport is citizenship and, as such, must respect fundamental rights. Between the periods of the two World Wars, the dignity of the human being became part of several international treaties and conventions, among which we can mention the UN Charter (1945), the Universal Declaration of Human Rights (1948), the American Convention on Human Rights (1978), among others. The doctrine places the respect for human rights as a principle and nucleus among the other rights in a Democratic State of Law that cannot depart from the humanist vision in relation to the protection of these and other rights. As human rights are fundamental and unavailable. Historically, sports have always been used, whether for good or evil, as a way of developing ideologies and/or thoughts of the ruling classes in their respective periods. The article seeks to reflect on sport as an instrument of human rights throughout history until current times.

**Keywords:** human rights, sports law, war, apartheid, fundamental rights

## 1.Introdução:

O esporte como fenômeno integrativo tem importante papel na sociedade visto que abrange diversos setores exercendo relevante papel inclusivo, sendo fundamental para saúde, educação, turismo e outros setores. A prática esportiva desenvolve habilidades físicas, sociais, cognitivas que independem de raça, cor, orientação sexual, religião e/ou nacionalidade. Portanto, o esporte possui um caráter de agregar distintas realidades, sejam elas de caráter socioeconômicas, étnicas e/ou raciais.

A Constituição Federal de 1988, dispõe em seu o artigo. 6º que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

Para alguns, o esporte é “ópio do povo” em razão de sua utilização política, porém se trata de um direito do cidadão, conforme acima relatado.<sup>202</sup>

Não à toa, desde a Grécia Antiga passando pelas duas grandes guerras mundiais até as ditaduras mais atuais, o esporte sempre teve seu uso político, utilizado pelos governantes. Por que será que as eleições presidenciais no Brasil, país do futebol, sempre ocorrem no mesmo ano da realização da copa do mundo da FIFA?

Para melhor refletir o assunto acima exposto, trazemos o ensinamento de *SIGOLI Marcio André* que descreve o assunto da seguinte forma:

“As atividades atléticas sempre estiveram relacionadas a instituições nas sociedades passadas. Na Grécia Antiga elas faziam parte da religião e da educação grega. Na época do Império Romano, os Jogos Públicos foram utilizados para alienar o povo, evitando insurreições populares, na chamada ‘Política do Pão e Circo’ (...) A regulamentação de jogos populares na Inglaterra fez surgir, em meados do século XIX, o Esporte Moderno. Este, impregnado de valores da Revolução Industrial, foi utilizado pela burguesia industrial para disciplinar os operários. Os Jogos Olímpicos da era moderna propagaram o esporte por todo o mundo. (...) Com o desenvolvimento da mídia, o esporte foi englobado pelas estruturas econômicas do mundo capitalista e tornou-se uma mercadoria da indústria cultural.”<sup>203</sup>

Historicamente, o esporte sempre foi utilizado, seja para o bem ou para o mal, como forma de desenvolvimento de ideologias e/ou pensamentos das camadas dominantes em seus respectivos períodos. No limiar do século XXI o governo do estado do Rio de Janeiro, desenvolveu refeitórios e política de ingressos em eventos esportivos a preços populares, ou seja, reeditando a prática da política do “Pão e Circo” da Roma Antiga.

Frequentemente as entidades de prática desportiva discutem internamente questões relacionadas a possibilidade de exercício de cargos públicos por membros de seu conselho diretor. O esporte deve ser estruturado integralmente de maneira a manter o seu ambiente isento de interferências alheias, potencialmente lesivas aos princípios que regem as atividades esportivas.

---

202 Neste sentido RUBIO. Katia, “Esporte um direito do cidadão ou ópio do povo?” in <https://jornal.usp.br/artigos/esporte-um-direito-do-cidadao-ou-opio-do-povo/>.

203 SIGOLI. Marcio André, “A história do uso político do esporte.” in RBCM, Vol. 12 – junho/2004.



Por outro lado, o movimento associativo do esporte vem se posicionando em relação os movimentos políticos como a recente guerra entre Rússia e Ucrânia, razão que nos cabe, neste artigo, tentar refletir sobre tais questões ao longo da história até os tempos atuais.

## **2. Dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos:**

O esporte integra o conjunto de direitos que integram a Declaração Universal dos Direitos Humanos que possui como fundamentos “da liberdade, da paz e da justiça no mundo.” Significa que o esporte é cidadania e como tal, deve respeitar os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm sua base no pensamento iluminista que culminou com a revolução francesa de 1789, e podem ser definidos como normas de natureza protetiva, que garantem o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna dentro de uma sociedade administrada pelo Poder Estatal. Nas lições do Constitucionalista português Canotilho:

“(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa”. 204

De acordo com o Professor Jorge Miranda: “direitos fundamentais são os direitos que, por isso mesmo, se impõem a todas as entidades públicas e privadas” e que “incorporam os valores básicos da sociedade.”<sup>205</sup>

Os direitos fundamentais decorrem de um estado democrático de direito, neste sentido cabe reproduzir as lições do Ministro Marco Aurélio Mello:

“Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa

---

204 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª edição. Editora Livraria Almedina, 2002.

205 MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional - Tomo IV**, Coimbra Editora. Coimbra, 2000.

participação – os direitos de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático – (...).” 206

Direitos estes, que estão diretamente ligados aos direitos humanos, reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que de acordo com a doutrina, podem ser divididos em gerações ou dimensões, sendo a liberdade de expressão ligada a um dos princípios iluministas que é a liberdade. Conforme leciona o Professor Marco Antônio Marques da Silva:

“A primeira geração dos direitos humanos, resultado do enfraquecimento do autoritarismo e arbitrariedade do governo, compõe-se das liberdades públicas, constituindo o núcleo dos direitos fundamentais, integrados pelos direitos individuais e políticos.” 207

A dignidade da pessoa humana entre os períodos das duas grandes guerras passou a fazer parte de diversos tratados e convenções internacionais, entre eles podemos citar a Carta da ONU (1945), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), dentre outros.

A doutrina coloca o respeito aos direitos humanos como princípio é o núcleo entre os demais direitos em um Estado Democrático de Direito que não pode se afastar da visão humanista em relação a proteção deste e os demais direitos. Sendo os direitos humanos fundamentais e indisponíveis.

Em razão da possibilidade de confrontos de princípios constitucionais, passou-se a adotar a técnica de ponderação de interesses, conforme ensinamento do Ministro Luís Roberto Barroso:

“Princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes. como por exemplo: (...) direitos da personalidade e liberdade de expressão. O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito. fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis. (...)”

---

206 MELLO, Marco Aurélio. **Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito**. In Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. MIRANDA, Jorge et alli (org.). Quartier Latin. São Paulo. 2009.

207 SILVA, Marco Antônio Marques da. **Cidadania e Democracia: Instrumento para Efetivação da Dignidade da Pessoa Humana**. In Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. MIRANDA, Jorge et alli (org.). Quartier Latin. São Paulo. 2009.

Veja-se. então: na aplicação dos princípios. o intérprete irá determinar. *in concreto*, quais são as condutas aptas a realizá-los adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer.” 208

Portanto, os direitos humanos servem como forma de através dos erros do passado se construir um futuro mais digno e próspero para toda a humanidade.

### **3. Política e Esporte – Casos Concretos:**

#### **3.1 *Apartheid* e o esporte.**

Oficializadas em 1948, as políticas de segregação racial da África do Sul — o *Apartheid* — geraram uma série de pressões da comunidade internacional. Num primeiro momento, porém, o Comitê Olímpico Internacional (COI) não se envolveu e permitiu que os sul-africanos participassem dos Jogos Olímpicos entre aquele ano e 1960. Apenas atletas brancos eram inscritos para as competições, fato que já causava enorme impacto e pressão da comunidade desportiva em relação a infração aos direitos humanos.

A pressão subiria em março de 1960, após o assassinato de sessenta e nove manifestantes no massacre ocorrido em Sharpeville. A Organização das Nações Unidas (ONU), então, adotou resoluções para dificultar as relações dos países com o governo sul-africano enquanto durasse o regime de *Apartheid*.

Essas primeiras pressões tiveram efeito limitado, mas foram suficientes para que o COI desse um ultimato ao Comitê Olímpico Sul-Africano: o Comitê olímpico daquele país se colocava contrário às políticas de *Apartheid*, que afetava também o esporte, ou deixariam de participar dos Jogos Olímpicos de 1964.

Sem uma manifestação contrária ao regime segregacionista, então, o COI retirou o convite à África do Sul. O país ficaria banido até os jogos Olímpicos de Barcelona em 1992, quando competiu com uma bandeira especial após o início da saída do *Apartheid*.

Até o fim do movimento, as pressões internacionais contra o governo sul-africano continuaram, e trouxeram outras consequências aos Jogos Olímpicos: Em 1976, o COI se

---

208 BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação, Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Vol. 235, 2004.

negou a expulsar os neozelandeses que haviam realizado amistoso de rúgbi com os sul-africanos, argumentando, entre outras coisas, que o rúgbi não era esporte olímpico na época. Então em protesto, vinte e nove países, a maioria africanos, anunciaram um boicote aos Jogos Olímpicos de Montreal — o primeiro boicote em larga escala na história das Olimpíadas.

Símbolo da luta pela igualdade racial na África do Sul, Nelson Mandela usou o esporte como grande arma para unir negros e brancos num país historicamente dividido pelas diferenças étnicas.

Uma nação que ficou quase cinquenta anos (1948 – 1994) segregada pelo regime do *Apartheid* – que permitiu que a minoria branca se mantivesse no poder e isolasse as outras etnias da vida política do país – se viu unida novamente por ocasião de um evento esportivo, a Copa do Mundo de Rúgbi em 1995.

A África do Sul estava marcada para sediar o principal torneio de rúgbi do mundo, um ano depois que Mandela foi eleito presidente.

O contexto da África do Sul em 1995, porém, ainda contradizia os ideais do novo líder sul-africano. O preconceito e a desconfiança entre brancos e negros ainda predominava nas ruas e havia até mesmo a tensão de que, a qualquer momento, uma guerra racial pudesse acontecer.

Mandela viu em um dos esportes mais praticados no país a grande oportunidade de reconstrução de uma identidade, interna e externa unindo a nação inteira pelo mesmo objetivo.

Usou então, a própria seleção do país para isso. No time que disputou a Copa do Mundo de Rúgbi e que, historicamente, era formada somente por jogadores brancos, houve um integrante negro que ajudou Mandela a trazer todas as raças juntas na torcida pela equipe nacional. O resultado foi o histórico e inédito título do torneio.

Este belo episódio da história que relaciona o esporte com política, como forma de derrubar barreiras, buscando a igualdade e o respeito aos direitos humanos é bem relatado pelo filme "*Invictus*" dirigido por Clint Eastwood (2009).

Cabendo lembrar, ainda, que a África do Sul foi o primeiro país do território africano a sediar uma Copa do Mundo da FIFA, em 2010, fato que segmentou a união racial naquele país.

Este é um bom exemplo de relacionamento entre esporte e política, além de respeito as diversidades e sobretudo aos direitos humanos.

### **3.2 As guerras e os cancelamentos dos jogos olímpicos de 1916, 1940 e 1944 e o Anos 40: A década sem Copa do Mundo.**

O início dos conflitos na Europa em 1914 impediu a realização dos jogos olímpicos designados para Berlim em 1916, sendo realizados apenas em 1920 na cidade de Antuérpia na Bélgica, em razão do impedimento de participação dos países derrotados na Primeira Guerra Mundial (Império Otomano).

Embora tenha sido o primeiro país asiático a sediar os jogos olímpicos de 1932, o Japão teve seus planos frustrados em razão de seu conflito com a China que durou até 1945.

Desta forma, os jogos olímpicos de 1940 foram sediados em Helsinque na Finlândia, porém tendo suas pretensões frustradas com o início da segunda guerra mundial que durou entre 1939 até 1945.

Os Jogos Olímpicos de 1944, designados para Londres, teve sua realização frustrada em função da continuidade da Segunda Guerra Mundial, porém a capital inglesa obteve o direito de sediar os jogos olímpicos de 1948.

A quarta edição da Copa do Mundo de 1942, além da edição subsequente deixaram de ser realizadas em razão dos conflitos da Segunda Grande Guerra e suas consequências apesar do pós-guerra em 1946, mesmo com os conflitos já finalizados. A questão era que muitos países europeus estavam muito fragilizados, e o momento não era para se pensar no futebol.

A proteção a vida e aos direitos humanos está acima da realização de qualquer evento.

### **3.3 Jessie Owens silencia o Nazismo através do esporte.**

Um dos eventos que melhor simbolizam as questões políticas do tenso período entre as duas grandes guerras ocorreu durante os jogos de Berlim em 1936. Embora tenham sido realizados aqueles Jogos Olímpicos era uma tentativa de Adolf Hitler em impor sua política nazista de supremacia da raça ariana em total desrespeito aos direitos humanos.

O velocista norte americano Jesse Owens, neto de escravos, calou Hitler e sua desrespeitosa política ao conquistar quatro medalhas de ouro demonstrando ao mundo, que o absurdo propagado pelo nazismo não prevaleceria, pois somos todos iguais sem prevalência de uma raça em relação a outra.

O movimento nazista na Alemanha e fascista na Itália, no período entre as duas Grandes Guerras, não poderiam jamais prevalecer. O esporte não tolera o desrespeito aos direitos humanos, apesar de eventuais diferenças o olimpismo nos demonstra que o espírito esportivo está acima de qualquer diversidade.

### **3.4 Boicote e Guerra Fria.**

Mesmo após o término da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos e o bloco dos países aliados a União Soviética protagonizaram a denominada “Guerra Fria” que durou entre 1945 até 1991.

Apesar de períodos mais pacíficos, a invasão soviética ao Afeganistão em 1979 culminou com o boicote aos jogos de Moscou em 1980, por ordem do Presidente americano Jimmy Carter. Alguns países aliados ao governo norte americano chegaram a competir sob a bandeira neutra (Austrália) ou de seus comitês olímpicos (Espanha e Portugal). A Alemanha Ocidental, China e Japão se retiraram dos jogos cedendo a pressão oriunda da Casa Branca.

As Olimpíadas de 1984, em Los Angeles, como era de se esperar houve a “retribuição” de boicote agora pela União Soviética e seus aliados através de comunicado feito pelo Kremlin poucos meses antes da cerimônia de abertura. Foram ao todo dezessete países que desistiram, entre eles cabe destacar Cuba, Polônia e Alemanha Oriental.

A Romênia furou o boicote e acabou se beneficiando com a segunda colocação no quadro de medalhas, atrás apenas do anfitrião.

Os líderes soviéticos não alegaram abertamente um boicote aos jogos, mas disseram que apenas temiam pela segurança de seus atletas.

Independente do viés socialista ou capitalista dos blocos divergentes, ambos os Jogos Olímpicos trouxeram momentos épicos de suas culturas que permanecem até os dias atuais em nossas lembranças. Independente da cultura ou ideal político que os contrastavam as cerimônias de abertura e encerramento, além dos expressivos resultados esportivos.

### **3.5 Terrorismo em Munique (1972).**

A Alemanha através da organização dos Jogos Olímpicos de 1972, tentou modificar sua imagem buscando passar uma imagem desassociada dos tristes fatos que marcaram a história em décadas anteriores durante a Segunda Guerra Mundial.



Infelizmente, os Jogos Olímpicos daquele ano acabaram marcados por um massacre: terroristas da facção palestina denominada "Setembro Negro" invadiram a vila olímpica e fizeram reféns um grupo de atletas e técnicos da delegação de Israel.

Os sequestradores exigiam a libertação de duzentos palestinos presos em solo israelense e pediam um avião para fugir de Munique. O governo de Israel não cedeu, e autoridades alemãs ofereceram saídas diplomáticas, porém nada fizera com que os criminosos mudassem seu pleito. No decorrer das negociações, um destes reféns foi assassinado.

Em uma tentativa de emboscada, a polícia alemã atraiu os sequestradores até o aeroporto, com a promessa de dar a eles um avião. Com os terroristas já na pista, as forças de segurança abriram fogo, mas os criminosos devolveram os tiros e mataram os reféns. No fim, a ação resultou na morte de onze reféns israelenses, um policial alemão e cinco sequestradores.

A possibilidade de interromper ali os Jogos de Munique chegou a circular pelos organizadores, mas o COI decidiu seguir adiante após um dia inteiro sem nenhuma competição. Uma cerimônia no estádio olímpico homenageou os atletas mortos no massacre, as bandeiras foram colocadas a meio mastro, e as competições foram retomadas no dia seguinte.

### **3.6 Iugoslávia.**

Após a morte do marechal e estadista Josip Tito, em 1980, as disputas nacionalistas entre as repúblicas que formavam a unidade da Iugoslávia.

Em 1991 incitaram a guerra de independência com Bósnia-Hezergovina, Croácia e Eslovênia.

Diversos crimes de guerra repercutiram mundialmente e houve forte pressão em relação ao Conselho de Segurança da ONU que culminaram com uma série de sanções e embargos contra o governo iugoslavo.

No âmbito desportivo, a Iugoslávia fora banida de dois grandes eventos esportivos no ano de 1992.

A UEFA proibiu a participação dando lugar para Dinamarca que se sagraria campeã daquele torneio em território sueco. A Dinamarca fora escolhida por ter sido a equipe segunda colocada em seu grupo, cuja Iugoslávia liderou e havia conquistado a vaga.

Quanto aos jogos olímpicos de Barcelona, o COI encontrou uma solução para que os atletas classificados pudessem competir. Usando a bandeira olímpica e utilizando o nome de “Participantes Olímpicos independentes” conquistando um total de três medalhas (uma de prata e duas de bronze).

Por outro lado, os recém independentes Bósnia-Hezergovina, Croácia e Eslovênia realizaram suas estreias em Jogos Olímpicos.

### **3.7 Coréia do Norte.**

Doze anos após boicotar os Jogos Olímpicos de Seul (1988) por rusgas políticas com os vizinhos, a Coreia do Norte concordou em desfilar em conjunto com a Coreia do Sul na cerimônia de abertura de Sydney-2000.

As duas delegações representando países teoricamente em guerra — há apenas um cessar-fogo em vigor, mas ambos têm seus exércitos mobilizados — foram ovacionadas ao entrar no Estádio Olímpico segurando uma **bandeira neutra com o desenho da Península Coreana em azul**. Positiva, a experiência se repetiu apenas nos Jogos Olímpicos de Atenas, em 2004.

Antes dos Jogos Olímpicos de Tóquio, inicialmente programados para 2020, porém adiados em razão da pandemia da Covid-19, foram programados para o ano subsequente. Em parte, por questões políticas que separam os norte coreanos dos japoneses.

Em abril de 2021, poucos meses antes da realização dos jogos o governo norte coreano anunciou que deixaria de participar alegando temores relacionados a pandemia da corona vírus - sendo a primeira desistência desde 1988 pela própria Coreia do Norte.

Pela ausência em Tóquio, o Comitê Olímpico Internacional suspendeu os norte-coreanos até o final de 2022. Segundo o alemão Thomas Bach, presidente da entidade, a Coreia do Norte deixará de receber a ajuda financeira que o COI distribuí aos filiados. Contudo, assegura que os atletas serão preservados para qualquer um que estiver classificado aos Jogos de Inverno de Pequim.

### **3.8 China x Taiwan.**

A Revolução Comunista Chinesa de 1949 terminou da seguinte forma: os comunistas, liderados por Mao Tsé-Tung, dominaram todo o território continental e proclamaram a República Popular da China — nome completo do país que conhecemos hoje por China. Os nacionalistas, confinados na ilha de Taiwan, mantiveram lá a República da China — como um governo em exílio.

Entre os anos 1950 e 1960, a ONU e o Ocidente consideravam Taiwan o verdadeiro representante da China. Atletas da ilha competiam sob o nome República da China nos Jogos Olímpicos.

Mas a situação mudou em 1971, quando a ONU deixou de reconhecer Taiwan como a representação legal dos chineses e transferiu a vaga para os comunistas de Pequim.

Isso ocorreu em meio ao congelamento das relações da China comunista com a União Soviética e a consequente aproximação de Pequim com os EUA. Os novos laços entre chineses e americanos levaram até à desistência da China em participar das Olimpíadas de Moscou, como parte do boicote ocidental aos soviéticos em 1980.

A solução encontrada para Taiwan, que não poderia usar mais o nome China, foi passar a competir com a nomenclatura " Taipé Chinesa " a partir de 1984 não só nos Jogos Olímpicos, mas também em outros eventos.

### **3.9 Covid-19 e a consolidação da nova ordem social.**

A pandemia iniciada na China no final do ano de 2019 paralisou o mundo nos primeiros meses de 2020 e consequentemente causando o adiamento dos Jogos Olímpicos marcados para Tóquio em 2020.

Embora o esporte tenha sido uma das primeiras formas de entretenimento a retornar as suas atividades mesmo sem a participação de público, fato que demonstra sua força, o Comitê Organizador Local e o COI resolveram realizar os jogos no segundo semestre de 2021, mas com número reduzido de torcedores visando evitar a disseminação do coronavírus.

Esta foi uma tentativa de reestabelecer o espírito olímpico, logicamente atendendo a interesses comerciais também, mas com lado humanista pois nada melhor que o esporte para diminuir a dor causada por inúmeras vidas perdidas e tantas questões políticas que dividiram a humanidade durante o período da pandemia.

O lado humanista é um caminho crescente na realidade dos jogos, cabendo registrar a significativa participação de atletas refugiados que se iniciou nas Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, porém a delegação em Tóquio foi formada por vinte e nove atletas refugiados de seus países de origem, mas que puderam participar em doze modalidades.

Estes atletas, tiveram que deixar seus países de origem devido a guerras, violações dos direitos humanos e perseguições sendo acolhidos em novos países. Com o auxílio da Organização das Nações Unidas, em conjunto ao Comitê Olímpico Internacional, puderam participar dos jogos olímpicos empenhando a bandeira dos atletas de países refugiados.

Os atletas refugiados em competições nacionais já não são considerados estrangeiros em muitos países que assim acolhem seres humanos que escapam das barbáries de sua nação de origem. Desta forma, se consolida uma nova ordem humanista em que as desigualdades não são mais acolhidas por movimentos xenófobos que anteriormente disseminavam a intolerância.

#### **4. Os desafios das entidades de administração desportiva em relação a guerra na Ucrânia:**

A recente guerra na Ucrânia através de covarde invasão da Rússia, causa impactos no universo desportivo.

Em um primeiro momento, a FIFA e o COI buscavam um diálogo a fim de evitar que direitos humanos fossem desrespeitados.

Neste mesmo sentido o sempre brilhante advogado Andrei Kampff em seu artigo "Guerra na Ucrânia abre paradoxo no esporte: direitos humanos x direitos humanos. O Juiz será o TAS" a respeito do assunto:

"Precisamos nos concentrar no que estará em jogo. O movimento esportivo pode banir um atleta pela sua nacionalidade? Pode proibir alguém de trabalhar por causa de uma guerra em que ele também é uma vítima? E, mais, uma federação internacional pode obrigar um atleta a se manifestar contra a guerra colocando em risco a vida de pessoas como condição de elegibilidade?"<sup>209</sup>

O banimento de atletas russos da possibilidade de participação em competições oficiais da *Champions League* pela UEFA, sendo que alguns desses sequer possuem nacionalidade russa, bem como o banimento da seleção russa da Copa do Mundo do Qatar em 2022 sem que os atletas pudessem exercer seu direito de livre manifestação, defesa e contraditório demonstra um abuso por parte das autoridades.

Cabe lembrar que, os atletas russos que comprovaram não ter qualquer ligação com o escândalo de dopagem cometido pelo Comitê Olímpico Russo puderam participar das Olimpíadas de Tóquio realizadas em 2021 sem qualquer alusão a Rússia e ainda utilizando a bandeira apenas a sigla ROC (*Russian Olympic Committe*).

Em outras palavras, em razão de eventos ligados diretamente ao esporte os atletas tiveram seu exercício a prática esportiva permitidos, por outro lado as entidades de

---

<sup>209</sup>KAMPFF, Andrei. **Guerra na Ucrânia abre paradoxo no esporte: direitos humanos x direitos humanos. O Juiz será o TAS** in <https://leiemcampo.com.br/guerra-na-ucrania-abre-paradoxo-no-esporte-direitos-humanos-x-direitos-humanos-o-juiz-sera-o-tas/>, publicado em 22 de março de 2022.

administração desportiva por razões diversas ao esporte, embora abomináveis, simplesmente resolvem banir todos os atletas sem que estes possam se manifestar se é favorável ou não as atrocidades cometidas pelo chefe de estado de seu país.

Não existem alternativas como atuar com portões fechados, sem qualquer alusão ao seu país ou em locais diversos da Rússia? Mais fácil cometer injustiças do que buscar alternativas *pro competitione*, mas injustiças não se apagam com novas injustiças.

O esporte não pode ser meio de vingança. O esporte não pode aplaudir a barbárie e cometer injustiças aos atletas que são as vítimas pela tomada de decisões que resolvem banir esportistas por sua nacionalidade, entendo que no mínimo haveria um desrespeito ao artigo 50 da Carta Olímpica.

Onde está o espírito contido na Carta Olímpica que visa uma consciência democrática e humanitária por meio da prática esportiva?

Os regulamentos esportivos que precisam cada vez mais dialogar com princípios de direitos humanos, pois o esporte sempre atuou como incentivo ao diálogo e respeito aos direitos humanos.

## **5. Conclusão:**

O esporte e guerra trazem muitas semelhanças, como a rivalidade e disputa entre seus participantes. Enquanto o troféu é o símbolo do êxito desportivo, a morte e destruição do inimigo representam a vitória na guerra.

Cabe lembrar que, um dos mais importantes esportes olímpicos possui sua origem por causa de uma guerra. Em 490 a.c. ocorreu a Batalha de Maratona faz parte da cultura popular em função da ordem seguida pelo soldado Fidípides, que seguindo as instruções do General Milcíades correu mais quarenta e dois quilômetros entre Maratona e Atenas para informar sobre a vitória grega. A lenda diz que, logo após informar a vitória, Fidípides teria caído morto de cansaço. É por causa desta batalha, que existem hoje as famosas provas de corrida de longa distância chamadas de maratona.

Embora possuam semelhanças, guerra e esporte são como água e vinho que não se misturam. O esporte cada vez mais com seu papel de entretenimento e interesses econômicos não pode permitir que interesses externos tenham lugar em suas competições.

O esporte possui importante papel de humanista de evolução de princípios que possuem sua origem no movimento iluminista do século XVIII. Inconcebível que séculos depois e o aumento de tecnologia não tragam a evolução e respeito as desigualdades.

Como não lembrar o dia dezoito de agosto de 2004 em que a seleção brasileira de futebol, única pentacampeã mundial, paralisou por algumas horas a guerra civil no Haiti para que seus craques pudessem desfilar em Porto Príncipe com sua desigualdade social.

O resultado do “jogo da paz” entre os anfitriões e os então campeões mundiais foi o menos importante naquele belo dia, mas o que prevaleceu foi que a seleção brasileira pode levar à aquela sofrida população um pouco de paz, alegria e esperança.

Este raciocínio não se limita apenas as questões políticas tratadas neste artigo, mas igualmente a violência nos estádios de futebol, ao preconceito em razão de desigualdades.

O esporte é meio de socialização onde eventuais diferenças são medidas dentro dos campos e quadras se encerrando ao término da partida. O *Fair Play* que ocorrer dentro do esporte deve se transmitir para toda sociedade.

A única guerra que pode haver no esporte é a guerra pela paz em busca de ideais humanistas e de igualdade.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação, Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Vol. 235, 2004.

CALIXTO, Vinicius. **Lex Sportiva e Direitos Humanos. Entrelaçamentos transconstitucionais e aprendizados recíprocos.** Editora D’Plácido. Belo Horizonte, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª edição. Editora Livraria Almedina, 2002.

KAMPFF, Andrei. **Guerra na Ucrânia abre paradoxo no esporte: direitos humanos x direitos humanos. O Juiz será o TAS** in <https://leiemcampo.com.br/guerra-na-ucrania-abre-paradoxo-no-esporte-direitos-humanos-x-direitos-humanos-o-juiz-sera-o-tas/>, publicado em 22 de março de 2022.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional - Tomo IV**, Coimbra Editora. Coimbra, 2000.

MELLO, Marco Aurélio. **Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito.** In Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. MIRANDA, Jorge et alli (org.). Quartier Latin. São Paulo. 2009.

NICOLAU, Jean Eduardo. **Direito Internacional Privado do Esporte.** Editora Quartier Latin. São Paulo, 2018.



RUBIO. Katia, **Esporte um direito do cidadão ou ópio do povo?** in *Jornal da Universidade de São Paulo*, 2019.

SAYEG. Ricardo, & BALERA. Wagner, **O Capitalismo Humanista**. Editora KBR. São Paulo, 2011.

SIGOLI. Marcio André, **A história do uso político do esporte**. in *RBCM*, Vol. 12 – junho, 2004.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Cidadania e Democracia: Instrumento para Efetivação da Dignidade da Pessoa Humana**. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. MIRANDA, Jorge et alli (org.). Quartier Latin. São Paulo. 2009.

## **LEI Nº 11.343/2006: A NECESSIDADE DE UMA DIFERENCIAÇÃO OBJETIVA ENTRE O USO E O TRÁFICO DE DROGAS FRENTE AOS MALEFÍCIOS DA SUBJETIVIDADE DA NORMA**

**CAIO SANCHES FAZZIO:**  
Graduando em Direito, Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul – SP,  
UNIFUNEC

RODRIGO ANTÔNIO CORREIA

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo objetiva demonstrar como a política repressiva da guerra às drogas em vigor na atualidade é um sistema fracassado. Sob o pretexto de diminuir o tráfico e consumo acaba na realidade por intensificar problemas de saúde pública escondendo suas verdadeiras motivações, sejam econômicas ou de exclusão social. Para isso, se faz necessário entender como se desenvolveu esse modelo na história, e as dificuldades de se aderir a políticas alternativas, apesar do seu fracasso. Através da revisão bibliográfica da legislação, doutrina, artigos e notícias, analisaremos a Lei 11.343/2006, especificamente no tocante à diferenciação do usuário e do traficante nos artigos 28 e 33, para entender seus problemas e incongruências, que vão da esfera judiciária passando pela carcerária até a de saúde pública. Por fim, demonstrar a necessidade de mudança da norma, que aliada a campanhas de prevenção sem a intervenção do Direito Penal, tem a oportunidade de obter resultados significativos no tratamento do problema.

**Palavras chave:** Drogas; Direito Penal; Guerra às Drogas; Lei de Drogas 11.343/2006; Diferenciação entre usuário e traficante.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate how the repressive “drug war” policy ruling in the world its a failed system. Under the guise of decreasing drug trafficking and consumption, ends up in fact intensifying public health problems hiding its true motivations, whether be economic or social excludent. To do so, it is necessary to understand how this model was constructed historically, and the difficulty of implementing alternative policys, despite their failure. Through literature review of law doctrine, articles and news, we are going to analyse the 11.343/2006 Law, specifically in the matter of differentiate the drug user and drug dealer, analyzing the law articles 28 and 33, in order to understand its problems and inconsistencies, that goes from the judiciary scope, passing through the prisional to the public health. Finally demonstrate the need to change the law, that combined with prevention campaigns, without Criminal Law interventions, has the opportunity of obtain significant results on this matter.

**Key words:** Drugs; Criminal Law; Drug War; Drug Law 11.343/06; Differentiation between user and dealer.

## 1- INTRODUÇÃO

O tema central do artigo, objeto de estudo desse trabalho, é a política de drogas, mais especificamente no Brasil. Esse sistema apresenta problemas fundamentais em sua essência, já que foi construído de maneira equivocada, levando em consideração interesses diversos aos que deveriam ter sido analisados.

Essa política, influenciada pela norte americana da repressão, tem como objetivo combater o tráfico, diminuir o consumo e a demanda, utilizando de todas as ferramentas disponíveis, incluindo e principalmente a de controle penal.

O sistema se válida na ideia de proteção à saúde pública, mas, na realidade, o que realmente nos proporciona é a violência generalizada (parcial quanto à raça e gênero), e superpopulação carcerária, com aumento exponencial dos danos causados aos usuários.

O direito penal nesse aspecto não soluciona questões de saúde pública, apenas dificulta estratégias de redução de danos e campanhas de educação e conhecimento sobre o assunto, além de ter um custo de manutenção altamente elevado.

Nesse viés vamos discutir brevemente o desenvolvimento e difusão das “drogas” e da ideologia proibicionista da “Guerra às drogas”, e como funciona de fato no nosso país, esclarecendo a Lei 11.343/2006 no sentido da diferenciação de usuário e traficante, trazendo à tona seus problemas e incongruências deixando clara a necessidade de um critério mais objetivo que diferencie esses dois tipos penais.

Por fim debater sobre a necessidade da prevenção que, comprovadamente, conforme exemplos de outros países que adotaram a medida, é muito mais efetiva no tratamento da problemática das drogas.

## 2- DEFINIÇÃO DE DROGA

A definição mais abrangente de “droga” fornecida por farmacologistas a conceitua como qualquer substância capaz de alterar o funcionamento normal de um organismo. Utilizando essa definição temos como drogas a maconha, cocaína, heroína, assim como, aspirinas, anabolizantes e até chá de camomila.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em seu *Glossário de Álcool e Drogas*, as define como substâncias “que afetam a mente e os processos mentais” (ARAÚJO, 2012, p.

14). Utilizando dessa definição temos como drogas o álcool, o tabaco e a cafeína, algumas das substâncias mais consumidas no mundo todo.

As drogas ainda permitem a classificação entre ilícitas e lícitas as quais podem ser ou não controladas. Essa é a classificação jurídica, tendo como ilícitas aquelas positivadas em lei que tem seu uso proibido pelo Estado e por organizações internacionais. Lícitas são as que são permitidas em lei, e que podem ser controladas: como o caso do álcool e da nicotina; ou não, como é o caso do café (cafeína).

O artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, conceitua as drogas como “substâncias ou produtos capazes de causar dependências, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” Dessa maneira conclui-se que as substâncias não são originárias de nosso organismo e que tem como resultado alterações no funcionamento deste e dependência, sendo assim definidas como drogas. (BRASIL, 2006)

Apesar de serem as substâncias mais consumidas do mundo e ainda terem a capacidade de alterar comportamento e/ou percepção, tendo impactos na saúde, o álcool, o tabaco e a cafeína, se aplicados os pressupostos dos critérios explicitados acima para caracterizar uma substância como droga, não seriam definidas como legais por suas propriedades em si. As circunstâncias que norteiam essa classificação são completamente desligadas de conceitos relacionados à saúde pública. Esses parâmetros que definem a ilegalidade de seletas substâncias são de cunho histórico, social, político ou geográfico e as leis que positivam os critérios de classificação são vagas e inconsistentes. Neste artigo serão discutidas as drogas ilegais.

### **3 - A DROGA NA HISTÓRIA**

Profissionais antropólogos e arqueólogos, baseados em dados relativos à arte, como pinturas em cavernas, datadas do período Paleolítico superior, que seria entre 10 mil e 40 mil anos atrás, estimam que a primeira substância psicoativa utilizada pelo homem teria sido oriunda de certos cogumelos alucinógenos.

No Egito Antigo, substâncias como mel, alho e inclusive ópio eram utilizados como medicamentos, além da cerveja egípcia que era utilizada para o lazer em festividades.

Existem relatos da Grécia antiga, onde drogas eram consumidas em rituais, em que era possível “ver os deuses”, indicativo do uso de substâncias alucinógenas.

Com a propagação do cristianismo, onde as ideias de preservação do corpo e da mente são pilares a serem seguidos, o uso de “drogas” passou a ser condenado e, por volta do século IV, com os imperadores cristãos, as primeiras leis antidrogas foram criadas com uma certa parcialidade, pois elas nessa época eram bastante utilizadas por religiões pagãs

em seus rituais, que sofriam bastante preconceito por parte dos adeptos ao cristianismo que era a religião dominante.

Felício (2018, p.11), em sua obra “O fracasso do proibicionismo e da política de Guerra às Drogas”, faz um paralelo importante entre os atos dos cristãos com a conhecida Guerra. Segundo ela “[...] os cristãos foram os pioneiros na realização de uma espécie de guerra às drogas, já que os monges destruíam, profanavam e invadiam templos dessas religiões que utilizavam de substâncias psicoativas [...]”, porém nem a força nem influência da Igreja católica conseguiram parar o avanço do uso dessas substâncias.

Mesmo com o grande poder que o cristianismo exercia nesse momento histórico, o consumo de drogas perdurou e começou a se difundir. E isso ocorre pelo sentimento do impacto sofrido na economia global pelas drogas locais, deixando o viés moral de lado.

Com as grandes navegações a Europa expandiu suas relações com grande parte do mundo, levando e trazendo novas drogas para sua população e para as populações ao alcance de seus navios, como o ópio vindo da China e da Companhia das Índias Orientais e o tabaco vindo das Américas.

Ao longo do desenvolvimento do que nós conhecemos hoje como civilização há ainda vários relatos sobre o uso de substâncias que podem ser consideradas “drogas” sendo utilizadas para inúmeros fins, mas principalmente medicinal, religioso ou recreativo.

Com a expansão do uso dessas substâncias começam a surgir também as ideias da proibição e repressão. Além do cunho xenofóbico do cristianismo, pioneiro na ideologia, outras motivações que não deveriam ser consideradas, foram disfarçadas de preocupações para justificar a intolerância, como interesses pessoais, econômicos, geográficos e em sua grande maioria preconceituosos.

Como foi o caso dos Estado Unidos, onde a “Guerra às Drogas” teve seu agravamento nas mãos de um homem chamado Harry Anslinger, movido por motivos pessoais e pelo viés econômico.

Anslinger, que trabalhava no escritório encarregado de aplicar a proibição do álcool, depois que o álcool foi liberado nos EUA em 1933, conseguiu uma transferência para a FBN – Escritório Federal de Narcóticos. Ao contrário de seu antigo escritório, a FBN era menor e tinha menos recursos, já que o problema das drogas não era grande como o do álcool na época para os americanos. Assim, Anslinger em busca de aumentar seu orçamento e pessoal introduziu uma nova droga até então pouco conhecida no país, a maconha.

A partir de reportagens sensacionalistas demonizando a droga e os usuários, arquitetadas por ele, e vencendo o voto uno, do único médico participante da discussão no Congresso Nacional, conseguiu a proibição da maconha, somente 4 anos após a liberação do álcool e também que seu orçamento fosse aumentado e a maconha fosse reconhecida como uma nova ameaça e uma droga muito pior e mais destrutiva que o ópio e a heroína.

Importante destacar o pensamento de Valois (2017, p. 34), em seu livro "O direito Penal da Guerra às Drogas": "Os dados científicos são manipuláveis e manipulados livremente para formar o discurso moral mais interessante para o objetivo almejado, por pessoas que muitas vezes não tem qualquer preparo ou conhecimento acerca daquele estudo científico.". Que se encaixa perfeitamente na situação em foco.

Em sua monografia "O fracasso do proibicionismo e da política de "guerra às drogas", Gabriela Felício nos elucida outra verdade, que impulsionou a ajuda popular, por trás da criminalização na época:

o viés xenofóbico da criminalização da maconha está no fato de que a maconha era a droga de grande popularidade entre os mexicanos, que a partir da quebra da bolsa de valores norte-americana, passou a ser mão de obra competitiva, não desejada em razão da crise econômica. [...] (2018, p. 21)

Seguindo os ideais americanos recheados de preconceito disfarçado, no ano de 1961, foi assinada a "Convenção única sobre drogas narcóticas", nos termos de Anslinger, onde o mundo inteiro se pôs a combater o tráfico.

De modo geral, o mundo não aparenta estar disposto a afastar-se do consumo de drogas. A maconha, nos últimos 50 anos, se estabeleceu como a droga ilegal mais consumida, tornando-se popular por onde passava. O álcool mantém seu crescimento atrelado mais a economia do que algum modismo ou mudanças na lei. O tabaco mesmo mantendo-se legal, continua sendo regulamentado com cada vez mais afinco, isso dá-se pela consciência do mal causado por ele, porém seu uso ainda cresce. Novas substâncias continuam surgindo a cada ano e se difundindo na sociedade.

#### **4 - PROIBICIONISMO NO BRASIL**

Atualmente vários países estão buscando modelos alternativos de combate às drogas. Até mesmo os Estados Unidos, o idealizador do modelo proibicionista, vem procurando meios diferentes de lidar com o problema. Na contramão do cenário internacional está o Brasil, que apesar de modestas evoluções, com a sua Lei de Drogas atual 11.343/06, revogadora das Leis 6.386/76 e 10.409/02, permanece na mesma ideologia



de ação, propagando o medo e lotando as penitenciárias principalmente de negros e pobres.

A lei tem como objetivo aumentar a opressão à produção em grande escala e ao tráfico, reprimindo assim a disseminação das drogas. Tem também como objetivo proporcionar a assistência ao usuário e dependente químico, impulsionando a sua reintegração social. Objetivos dignos, tendo em vista o manifesto perecimento da metodologia que utiliza o direito penal. Porém pela falta de um parâmetro claro que diferencie o usuário do traficante, o que se alcançou foi o aumento do encarceramento em massa.

Observando as determinações iniciais da lei, pode-se perceber seu atributo generalista e pouco objetivo. Os artigos 1º e 2º estabelecem da seguinte forma:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Parágrafo único. Para fins desta Lei, **consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.**

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Pode se perceber também o uso da norma penal em branco, onde utilizam-se listas controladas pelo estado que podem ser modificadas de tempos em tempos, mantendo o rol sempre atualizado. A portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 regula a lista de substâncias ilegais. Entre as drogas ilegais, podemos destacar: maconha, cocaína, haxixe,

crack, *ecstasy* e heroína. As mais populares em nosso país são a maconha e a cocaína. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998)

A lei de drogas de 2006 também instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), e em seus artigos 3º ao 17 estipula o funcionamento deste e o papel dos órgãos estatais na questão, porém a entidade não funciona como deveria, e antes de a lei entrar em vigor, vários artigos que regulavam o sistema tiveram de ser vetados, pois contrariavam a Constituição ao criarem obrigações aos entes federados.

Entretanto nosso foco nesse estudo serão os artigos 28 e 33, que tratam do consumo pessoal e do tráfico respectivamente.

Enquanto o artigo 28 traz a possibilidade de penas brandas, com medidas educativas, o artigo 33 prevê penas de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias multa, sendo excessivamente mais rigoroso, além de o delito do tráfico ter sido equiparado a crime hediondo (art. 5º, XLIII), não sendo permitida a liberdade provisória com fiança e também a graça, indulto, e a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, deixando o abismo entre as sanções ainda maior. O problema é que a decisão de enquadrar um indivíduo nesses tipos penais acaba ficando na mão dos agentes do estado, por não existir um critério claro de diferenciação, fazendo com que condutas muito similares — algumas vezes praticamente iguais — sejam caracterizadas uma em cada desses tipos penais.

#### **4.2 - SISTEMA CARCERÁRIO LOTADO E ART 28**

O artigo 28 da Lei de Drogas versa sobre o usuário ou dependente, que pratica os verbos descritos na norma com finalidade de consumo pessoal, e altera a previsão anterior que instituía detenção ou multa para uma sanção mais branda com penas educativas, vejamos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. [...] (BRASIL, 2006)

Porém o maior problema está na controvérsia trazida pelo parágrafo 2º deste artigo, a medida em que deixa ao poder do magistrado o entendimento sobre a natureza e o destino da droga além das circunstâncias sociais e pessoais.

Em outras palavras, são inúteis as penas brandas do artigo 28, se o parâmetro para caracterização de consumo pessoal está nas mãos de um juiz que, em grande parte, não sabe distinguir se a quantidade de uma droga específica é razoável para o uso ou não, ou carrega uma visão estereotipada, sendo preconceituoso ao considerar as “circunstâncias sociais e pessoais”, restando apenas ouvir o policial que atendeu à ocorrência, para no fim decidir sobre a pessoa apreendida. Sobre o tema destaca Guilherme Nucci:

“Outro fator curioso, para não dizer desastroso, é a abissal diferença de visões entre magistrados: para uns, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilícito de drogas; para outros, por óbvio, é consumo pessoal; para terceiros, cuida-se de insignificância, logo, atípico. Não é preciso registrar que a primeira ideia é a franca vencedora na avaliação judicial.” (NUCCI, 2016).

Nesse sentido, os policiais que realizam o primeiro nível de controle, exercem em grande parte, o poder de julgadores, determinando as atitudes que se encaixam ou não no tipo penal do artigo 28. E levando em consideração que os agentes da polícia, como a maioria da população, são formados pelo preconceito tradicionalista e estereotipado, acabam por realizar certa discriminação dos suspeitos.

As consequências da subjetividade discricionária atribuída aos agentes públicos são relatadas por Araújo, em sua obra *Almanaque das drogas*:

O tráfico de drogas já é a segunda maior causa de prisão no Brasil, sendo que 55% dos condenados nas varas criminais e federais de Brasília e do Rio de Janeiro são réus primários, e 50% deles foram

pegos com menos de 100 gramas de maconha. Ou seja, eram os chamados “peixes pequenos” (ARAÚJO, 2012, p. 236)

O resultado da falha normativa destacada é, de forma crítica, penosa ao sistema carcerário e judiciário como um todo.

Nesse sentido podemos analisar o julgado a seguir auferindo que a quantidade necessária pra tipificação no crime do tráfico é mínima, e de apenas 4,13 gramas de maconha na situação em foco.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 4,13 GRAMAS DE MACONHA E 8,41 GRAMAS DE CRACK. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO EM AÇÃO PENAL EM CURSO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 444/STJ. ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGAS QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR O ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir o fundamento da decisão atacada. 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 609516 PE 2020/0222380-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/02/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2021) (grifo nosso)

O Relator admite a ínfima quantidade de drogas, mas não afasta a conduta do crime de tráfico tipificado no artigo 33 do Código Penal. E como esse, temos muitos outros exemplos onde a quantidade de drogas e as circunstâncias são deixadas de lado por não haver um parâmetro acessível de distinção das condutas.

Desse modo o que atingimos não é uma diminuição do tráfico e dos problemas causados por ele, mas sim um novo desafio, nefasto e preocupante, que é a lotação das cadeias com condenados no Art. 33 da Lei 11.343/2006, de homens e mulheres que em sua grande maioria poderiam ser poupados caso houvesse uma mudança na norma, trazendo uma nova maneira de diferenciar os tipos.

De acordo com um estudo realizado em 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional, quando a Lei 11.343 entrou em vigor, em 2006, o número de presos por tráfico em nossos presídios era de 31.520. Em 2013, esse número teve um aumento de 339%, passando para 138.366. Apenas um crime teve um aumento maior nesse período: o tráfico internacional de entorpecentes, com incríveis 446,3% de aumento. (INFOPEN, 2014)

Embora o tratamento dado ao usuário esteja caminhando para uma abordagem menos combativa e mais preventiva, o aumento elevado do número de presos tipificados no tráfico nos faz questionar a real efetividade da Lei no que tange a essa proteção.

Hoje no Brasil um único preso custa ao estado a quantia de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) por mês. Valor este que representa uma média ponderada considerando a população carcerária de todo o estado, havendo diferenças gritantes entre estes, tendo que o custo em Pernambuco é de apenas R\$ 955,00 por presidiário enquanto em Tocantins o valor chega a R\$ 4.200. (G1, 2021)

Assim sendo, o elevado número de indivíduos tipificados no crime de tráfico faz com que os estados tenham que gastar uma parcela muito maior de seu orçamento com o sistema prisional, o que poderia ser resolvido com um critério objetivo de diferenciação entre as condutas de consumo pessoal e tráfico, o qual diminuiria a quantidade de encarcerados.

Além disso fez com que houvesse um aumento do número de processos nas varas criminais, prejudicando o andamento e intensificando a morosidade que já é um fator extremamente preocupante no judiciário, cerceando nesse sistema o direito de muitos indivíduos, conforme aduz Guilherme Nucci:

o volume de processos criminais gerados, que se acumulam nos escaninhos forenses de qualquer vara ou tribunal do país, é impressionante. Em algumas varas criminais e turmas do tribunal os processos envolvendo tráfico ilícito de drogas já constituem mais de 50% do volume de trabalho. (NUCCI, 2016).

Mais da metade do volume de trabalho das varas criminais é composta por processos envolvendo o tipo penal do tráfico, sendo muitos desses autos formados por condutas que, se fossem embasadas numa norma que trouxesse uma diferenciação clara entre os tipos, não estariam sobrecarregando o poder judiciário.

## **5 - PREVENÇÃO**

O problema da droga não está somente no crime do tráfico, uso, ou produção, na realidade, há inúmeras outras condutas tipificadas em nosso Código Penal que apresentam como coadjuvantes as drogas. Como exemplos temos a violência doméstica, onde em grande parte dos casos, o agressor fez o uso de entorpecentes, ou também os crimes de furto e roubo que em uma parcela são praticados com o objetivo de obter lucro instantâneo para bancar o vício

Ao ser entrevistado pelo MP Debate, Eduardo Cambi, promotor de justiça, nos trouxe dados sobre uma pesquisa feita com colaboradores do Ministério Público. O estudo objetivava entender o mecanismo organizacional no tocante as drogas. A maioria dos promotores que foram submetidos ao estudo, cerca de 75%, informou que uma grande parcela dos processos de suas comarcas, de algum modo, estava associada às drogas. (MPPR, 2018)

Dessa forma, pode-se entender que as drogas estão ligadas, de forma direta e indireta, a inúmeras situações sociais que causam um efeito negativo na sociedade. Sendo assim, medidas educacionais e preventivas são muito importantes, tendo que muitos crimes analisados pelo judiciário, seja furto, agressão doméstica ou homicídio, têm como agente uma pessoa sob a influência de drogas. A prevenção se faz essencial, por ser a melhor forma de impedir que crimes como os descritos aconteçam.

Nesse viés, temos três níveis de prevenção que podem ser trabalhadas. A prevenção primária opera no sentido de evitar que o contato inicial da pessoa com a droga ocorra. Caso já exista uma relação com alguma substância, será preciso aplicar a prevenção secundária, que tem o objetivo de não deixar que o uso se transforme em vício, voltada para os usuários iniciantes. Por fim quando o caso já evoluiu para dependência química, temos a prevenção terciária, que atua no sentido de recuperar a pessoa dependente/viciada. (PMGO, 2017)

A definição de um critério específico que diferencie o usuário do traficante precisa estar aliada à criação de campanhas de informação e prevenção do uso de drogas. Precisamos conscientizar e informar a população sobre os malefícios e consequências decorrentes do uso dessas substâncias, tanto para a sociedade, quanto para a saúde pública e dos indivíduos.

Conclui-se, portanto, que é imprescindível realizar a prevenção, tendo em vista a sua manifesta relação com todas as etapas do consumo de drogas, sendo considerada infinitamente mais benéfica na resolução do problema que a repressão e o medo.

## **6 – CONCLUSÃO**

Desde meados do século XX a política repressiva de guerra às drogas em vigor no mundo todo vem gerando impactos negativos na sociedade, e com o objetivo de combater a violência acabou se tornando na prática um enorme incentivador dela.

Ao criminalizar várias substâncias, consumidas em larga escala por todos os tipos de pessoas, a política proibicionista acabou por criar uma economia altamente rentável em cima do mercado ilícito, que estando à margem de regulamentações gera apenas consequências nefastas, sem alcançar nem em parte a diminuição do consumo.



Nesse sentido, podemos considerar que a Lei 11.343/2006 representou um pequeno avanço em comparação às Leis anteriores. Ainda assim, não apresentou mudanças significativas, além de não resolver o problema anexo da criminalização do tráfico e consumo de drogas no Brasil, isto é, diferenciar na prática as duas condutas.

Da mesma forma, os parâmetros fixados pela jurisprudência se mostram insuficientes, já que, os magistrados e servidores do judiciário os receptam da maneira que for mais conveniente, dependendo assim, na grande maioria dos casos, mais de suas crenças pessoais, do que da análise da situação em foco.

Destarte, a ausência de norma que defina um parâmetro a ser seguido, demonstra-se bastante perigosa, deixando a classificação de conduta dos casos em que há dúvida quanto ao tipo nas mãos da Vara, Turma ou Câmara onde o processo está alocado, dependendo assim do posicionamento liberal ou conservador do julgador.

Concluindo, temos que a prevenção aliada à mudança da norma, estabelecendo um parâmetro claro de distinção entre a figura do usuário e do traficante, certamente tem o poder de aliviar o problema de drogas no Brasil, seja na esfera judiciária, carcerária ou na esfera da saúde pública.

## 7 - REFERÊNCIAS

ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas**. 2ªed. São Paulo: Leya, 2015.

BRASIL. **Lei Nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em:  
03 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 28 nov.  
2021.

FELICIO, Carolina Lavatori. **O fracasso do proibicionismo e da política de “guerra às drogas”**. 2018. 85 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

**A HISTÓRIA DAS DROGAS**. Direção: Adam Barton. Produção: Bill Johnston; Ron Lillie. Roteiro: Bryan Carmel. [S.l.]. Disponível em:  
[https://www.youtube.com/watch?v=mY\\_C1Z93GUo](https://www.youtube.com/watch?v=mY_C1Z93GUo). Acesso em: 11 mar. 2022

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito penal da Guerra às drogas**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Portaria nº 344, de 12 de Maio de 1998**, Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 12 abr. 2022

NACIONAL, Departamento Penitenciário. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 12 abr. 2022

CONJUR. **Para Guilherme Nucci, não há nada a comemorar nos 10 anos da Lei de drogas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em: 15 jun. 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Habeas Corpus: 609516 PE 2020/0222380-8**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/02/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2021

MPPR, Ministério Público do Paraná. **Prevenção às Drogas: metodologias para atuação estratégica**. Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/2018/05/604/MP-Debate-Prevencao-asdrogas-metodologias-para-atuacao-estrategica-.html>. Acesso em: 17 jun. 2022

PMGO, Polícia Militar do Estado de Goiás. **Apostila de Prevenção e Repressão às Drogas e Entorpecentes**. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/414/10/Apostila%2020Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Repress%C3%A3o%20%C3%A0s%20Drogas%20e%20a%20Viol%C3%Aancia.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022

## **O CRIMINAL PROFILING E SUAS METODOLOGIAS NO AUXÍLIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.**

**LETICIA CARNEIRO DA COSTA FERREIRA:**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul - SP.

REGINA MARIA DE SOUZA<sup>210</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Para que haja um melhor desempenho nas investigações criminais, muitas técnicas estão sendo criadas, uma delas é conciliar a psicologia à área criminal, o que, por meio das análises comportamentais dos criminosos, e informações a respeito do crime, cria um perfil criminal, que serve como um instrumento para a investigação. O perfil adiciona a investigação criminal algumas abordagens metodológicas, como Análise da Investigação Criminal - CIA, Perfil Geográfico, Psicologia Investigativa e a Análise dos Vestígios Comportamentais - AVC. Conseqüentemente, combinando essas metodologias se tem uma ferramenta relevante para o processo investigativo. O artigo em questão possui a finalidade de analisar a técnica de criminal profiling, definindo e exibindo seu aproveitamento nas investigações no Brasil e no mundo. Como meios de pesquisa foram utilizadas revisões bibliográficas do assunto proposto, em livros, sites e artigos acadêmicos, resultando em informações que sustentam a relevância da utilização dessa técnica em questão, assim como da junção da Psicologia ao Direito, a fim de trazer uma maior eficácia para as investigações.

**Palavras-chave:** Investigação Criminal. Profiling Criminal. Técnica Forense.

**ABSTRACT:** To perform better in criminal investigations, many techniques are being created, one of which is to reconcile psychology to the criminal area, which, through behavioral analysis of criminals, and information about crime, creates a criminal profile, which serves as an instrument for investigation. The profile adds to the criminal investigation some methodological approaches, such as Criminal Investigation Analysis - CIA, Geographic Profile, Investigative Psychology and Behavioral Traces Analysis - Stroke. Consequently, combining these methodologies has a relevant tool for the investigative process. The article in question has the purpose of analyzing the technique of criminal

---

210 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, Economista-IEUF, Psicóloga/UNIFUNEC, Mestre e Doutora-UNESP/FRANCA, especialista em: Direito de Família e das Sucessões, Direito Penal, Direito Processual Civil/UNIARA, especialização em: Terapia Cognitiva Comportamental/UNIARA e especialização em: Gestão de Pessoas/UCDB

profiling, defining, and exhibiting its use in investigations in Brazil and worldwide. As means of research, bibliographic reviews of the proposed subject were used, in books, websites and academic articles, resulting in information that supports the relevance of the use of this technique in question, as well as the combination of Psychology and Law, to bring greater effectiveness to the investigations.

**Keywords:** Criminal Investigation. Criminal Profiling. Forensic Technician.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2. CRIMINOLOGIA. 3 CIÊNCIAS FORENSES. 4 PSICOLOGIA INVESTIGATIVA. 5 BREVE HISTÓRICO DO PERFIL CRIMINAL. 6 CRIMINAL PROFILING. 6.1 ELABORAÇÃO DE UM PERFIL CRIMINAL. 6.2 VALIDADE DO CRIMINAL PROFILING. 7 ANÁLISE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 7.1 VICAP - VIOLENT CRIMINAL APPREHENSION PROGRAM. 8 PERFIL GEOGRÁFICO. 9 ANÁLISE DOS VESTÍGIOS COMPORTAMENTAIS. 9.1 COMPORTAMENTO CRIMINAL ORGANIZADO E COMPORTAMENTO CRIMINAL DESORGANIZADO. 9.1.1 COMPORTAMENTO CRIMINAL ORGANIZADO. 9.1.2 COMPORTAMENTO CRIMINAL DESORGANIZADO. 10 CASOS REAIS QUE TEVE AUXÍLIO DOS PERFILS CRIMINAIS. 10.1 GEORGE METESKY, O MAD BOMBER. 10.2 TED BUNDY. 11 O CRIMINAL PROFILING NO BRASIL. 12 O CRIMINAL PROFILING COMO PROVA PERICIAL DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 13 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos sempre se viu a importância de esclarecer crimes hediondos, com isso nasceu a necessidade de entender o comportamento desses criminosos. Para que isso ocorra foi necessária a criação de algumas metodologias capazes de fornecer esse entendimento, como é o caso do criminal profiling ou perfil criminal. Essa técnica se utiliza alguns recursos da psicologia e criminologia, para distinguir as prováveis características que um ou mais criminosos possam ter, utilizando a análise dos comportamentos deles que são deixados na cena de crime.

Profiling é uma das técnicas de investigação criminal que tem seu fundamento na Criminologia, nas Ciências Forenses, na Psiquiatria, e na Psicologia. O perfil é esboçado através da interpretação dos conhecimentos sobre os padrões de comportamento do criminoso marcando possíveis características do suspeito. Essa técnica tem o objetivo ajudar os investigadores a avaliar as características de delinquentes desconhecidos que cometeram crimes bárbaros, desenvolvendo a vitimologia, e preparando uma lista de suspeitos.

Porém não são todos os crimes que essa técnica é adequada. Alguns critérios devem ser observados, como o fato do ser crime violento ou não possuir nenhum vestígio forense, ou ainda não serem conclusivos, ou quando os criminosos apresentarem alguma

uma psicopatologia quando praticava o crime, ou ainda se todas as diversas pistas de investigação que já foram analisadas se revelaram inconclusivas.

É possível o perfil fazer parte da investigação policial ou do processo judicial, ele apenas precisa ser um registro autêntico da investigação alcançada para que possa ser exibido em Tribunal. Porém ele não pode suprir um indício físico, mas pode ajudar a compreender e a explicar dados da prova.

A ideia inicial do perfil é a de que todo comportamento revela traços da personalidade do criminoso, portanto é na cena de crime que esses comportamentos e características se expressam. Com a análise da cena de crime, mais a caracterização que a vítima faz do infrator, isso se for possível essa descrição, podem sugerir o tipo de pessoa que cometeu o crime.

## **2. CRIMINOLOGIA**

O termo Criminologia provém do latim *crimino* e do grego *logos*, logo tem o significado de estudo do crime. A primeira vez que tal termo fora mencionado foi por Paul Topinard em 1883, contudo, apenas tornou-se internacionalmente conhecido e utilizado após Raffaele Garófalo pelo aplicado como título de sua obra em 1885. Penteado Filho (2019) conceitua a criminologia como ciência empírica, ou seja, ela tem por base a pesquisa e a experiência, e interdisciplinaridade, buscando vislumbrar o delito de forma geral, analisando o crime, a vítima, o criminoso e as consequências causadas pelo ato praticado na sociedade, a cena do crime. Foi no final do século 19 que a criminologia passou a ser conhecida como ciência autônoma.

A criminologia observa o crime de forma diferente do direito penal, pois para o direito o crime é uma conduta atípica, para qual é necessária uma punição fixa. Ele classifica o crime como conduta de ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. Porém a criminologia analisa o delito como um problema social, que envolve quatro recursos constitutivos como: incidência massiva na população, ou seja, não se tipifica como crime um fato isolado; a incidência aflitiva do fato praticado, isto é, quando crime tem que causar sofrimento à vítima e à sociedade; a persistência espaço-temporal do fato delituoso, ou melhor, é indispensável que o dolo ocorra regularmente por uma quantidade significativa de tempo dentro do mesmo território; e o consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes, que quer dizer que a criminalização dos fatos depende de uma observação meticulosa desses dados e sua repercussão na comunidade. (PENTEADO FILHO, 2019)

Com os passar dos anos a criminologia sofreu algumas modificações, em especial ao que diz respeito a seu objeto de estudo. Anteriormente, abordava-se somente o delito

e o delinquente, todavia, seu objeto de estudo se ampliou após 1950, englobando também o controle social e a vítima, estando na atualidade fracionada, contendo estes quatro objetos de estudo.

### **3 CIÊNCIAS FORENSES**

Para a consolidação da ordem jurídica, o Direito procurou ajuda de outras ciências para oferecer confiança às provas e aos fatos que foram produzidas no processo. Por isso as Ciências Forenses são um conjunto de técnicas e conhecimentos práticos, teóricos e científicos que têm como alvo principal dar embasamento técnico as decisões nos tribunais.

Trata-se de um grupo de diversas áreas, como antropologia, criminologia, entomologia, psicologia, odontologia e patologia, podendo ser entendida, de forma simplificada, como as ciências naturais aplicadas ao exame dos vestígios, no intuito de contestar às demandas judiciais (VELHO, GEISER E ESPINDOLA, 2013).

As ciências forenses, acabou se tornando uma ciência precisa com equipamentos e técnicas especializadas, e conta sempre com cientistas qualificados.

### **4 PSICOLOGIA INVESTIGATIVA**

A Psicologia Investigativa teve seu início por meio dos trabalhos de elaboração de perfis criminais feitos pela Unidade de Ciência Comportamental do FBI. Todavia, sua origem científica se deu por meio dos trabalhos do, até então considerado pai da Psicologia Investigativa, o Psicólogo David Victor Canter em 1985. (NOVO, 2018)

O termo profiling surge dentro das atribuições da psicologia utilizadas nas investigações de delitos. O profiling é um método de investigação criminal, que analisa e determina hipóteses a respeito da personalidade e comportamento do criminoso. O principal objetivo ao utilizar essa técnica é rumar as investigações, por meio das ciências humanas, conectando os casos que possuam semelhantes características criminais, definindo o perfil do infrator, por meio da análise do seu comportamento e da causa do crime, podendo então estabelecer orientações para a área da criminologia.

Existe outra ramificação da Psicologia Investigativa utilizada para a elaboração de hipóteses dos crimes que é o perfil criminal geográfico. Com ele se analisa os fatos mais proeminentes que ocorreram no local do crime, oferecendo mais informações, podendo até revelar o local onde ocorreu o preparo do criminoso para a prática delituosa.

### **5 BREVE HISTÓRICO DO PERFIL CRIMINAL**



Diferente de outras práticas forenses, como as impressões digitais ou o DNA, o Perfil Criminal teve seu início na investigação de crimes singulares, anormais, que em geral apontam um sujeito com uma conduta desviante, cujas as causas se apresentam padrões atípicos da polícia judiciária e dos processos de investigação.

De acordo com Rodrigues (2010) o princípio do uso dos perfis criminais aconteceu quando o Dr. Langer, que era psiquiatra, foi chamado pelo Office of Strategic Services (OSS) para fazer um perfil de Adolph Hitler. Após conter os dados sobre Hitler, Langer desenvolveu um perfil da personalidade psicodinâmica, enfatizando as decisões que Hitler pode ter tido, e que se mostrou ser muito preciso. Os perfis depois de ser utilizado na Segunda Guerra Mundial, só foram documentados novamente em 1957, quando o New York City Police Department solicitou a James Brussels, que era psiquiatra, que os ajudassem a descobrir quem era o "Mad Bomber", culpado de mais de 30 explosões criminosas no decorrer de 15 anos.

Para Soeiro (2009), os perfis criminais começaram a ser utilizado pelo FBI, em 1972, como auxílio da Unidade de Ciência Comportamental (BSU- Behavioral Science Unit). O professor da Academia do FBI, Howard Teten, criou os perfis para os agentes que estavam investigando crimes. Após isso, a utilização dos perfis se iniciou formalmente. Porém só foi depois de 1978 que o FBI definiu um Programa de Perfis Psicológicos (Psychological Profiling Program).

Segundo Rodrigues (2010) o segundo maior avanço da história dos perfis ocorreu em 1985, quando foi requerido ao Dr. David Canter, psicólogo da Universidade de Surrey, na Inglaterra, que assessorasse a Polícia de Surrey, a Polícia Metropolitana de Londres e a Polícia de Hertfordshire na investigação de uma sequência de 30 estupros e 02 homicídios. Dr. Canter fez o perfil criminal do suspeito que foi chamado pela imprensa como o estuprador da ferrovia. Dr. Canter desenvolveu um perfil incrivelmente preciso e demonstrou ser bastante útil na captura do estuprador-homicida John Duffy.

Alguns dados atuais apontam que a técnica dos perfis criminais é aplicada pelo FBI em mais de mil casos por ano. A polícia do Reino Unido também associaram a técnica dos perfis criminais nas suas investigações com mais frequência. (PENTEADO FILHO, 2019)

Embora não tenha um cálculo exato da predominância da técnica de Perfis Criminais, a sua utilização tem sido documentada em vários países, incluindo a Alemanha, Austrália, Canadá, Finlândia, Holanda, Japão, Portugal e Suécia.

## **6 CRIMINAL PROFILING**

O criminal profiling é empregado ainda que não haja traços físicos deixados na cena de crime, e nas últimas fases da investigação. É utilizado para diminuir a lista de suspeitos.

O Perfil criminal não deve ser comparado perfil feito pelos psicológico, que diz respeito ao diagnóstico de um paciente. De modo diferente deste perfil, o Perfil criminal não lida com um paciente e sim, com a análise de um crime para interpretar os indícios comportamentais e deles gerar uma descrição, que não seja a apenas psicológica, de um sujeito suscetível de apresentar essas condutas e será provável que tenha realizado o crime em questão.

De acordo Heusi (2016) a técnica de perfilamento envolve uma análise dos traços, comportamento, características físicas, todas as ações que o criminoso comete, antes, durante e depois do crime. Também acrescenta informações sobre a possível idade, o gênero, a raça, a profissão, o passado criminoso, os passos dados pelo transgressor para evitar a sua detecção, os métodos de assassinato do criminoso, essas informações da vítima.

De acordo com Ebisik (2008) existe duas formas atuante no criminal profiling:

- a) Modus operandi (M.O) é a ideia de que um indivíduo comete uma espécie particular de crime de maneira peculiar ou similar. Assim, o M.O é capaz de mostrar pistas do criminoso e as descrições da cena do crime podem mostrar a personalidade dele.
- b) Comportamento: o comportamento do criminoso auxilia a prever a personalidade ou os motivos do crime.

Penteadó Filho (2019, p. 49) diz que:

Por meio do profiling estrutura-se a autópsia psicológica do autor de um delito, com o fim de obter respostas a três questões principais:

- c) O que se passou na cena do crime?
- d) Por quais razões os fatos se deram?
- e) Que tipo de indivíduo está envolvido?

Dessa forma, pode-se dizer que o criminal profiling é a junção virtual de um perfil psicológico, físico, social, tipológico e geográfico do sujeito não identificado, apto de ter realizado um ou mais crimes, e poderá também ser revelado sua área de atuação.

## **6.1 Elaboração de um Perfil Criminal**

O perfil criminal tem como seu principal objetivo o apoio à investigação policial, utilizando sempre como parâmetro as ciências humanas e as ciências criminais auxiliares, que serão utilizados para descobrir crimes análogos que abranjam as mesmas informações e características, fornecendo dados que auxiliam na investigação de crimes violentos e aparentemente insolúveis.

Segundo Penteado Filho (2019, p. 49):

“A técnica ou arte de elaboração de um perfil criminal, tendo em conta os objetivos tradicionais associados, pretende responder às cinco questões nucleares da investigação criminal:

- a) Quem cometeu o crime?
- b) Quando cometeu o crime?
- c) Como foi executado o crime?
- d) Qual a motivação que está na base deste(s) comportamento(s)?
- e) Onde foi cometido o crime?”

Silva e Gracioli (2016) diz que o profiling é usado sobretudo nos casos de crimes violentos podendo eles ser sequenciais ou não, evidentes, sem motivação aparente, e não elucidados.

O criminal profiling pode ser empregado nos casos de homicídio que pode ser em serial ou não, ou em qualquer crime disposto na *lei* nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), além de quaisquer crimes que deixem vestígios, sejam eles comportamentais ou físicos.

“Na elaboração de perfis, cada investigação de crime inicia-se com um meticuloso estudo dos laudos necroscópicos, com o tempo provável da morte e sua causa; a descrição das lesões sofridas pela vítima, incluindo as de defesa; eventuais vestígios de violência sexual etc. Em seguida, verifica-se pormenorizadamente o relatório preliminar de investigação e a reconhecimento visuográfica do local de crime, com a descrição da cena do crime, posição do corpo, localização de objetos, armas, projéteis, manchas de sangue, esperma, urina, fezes etc.; se há indícios de luta; se há janelas e portas abertas ou fechadas ou danificadas (local interno); se há pegadas, marcas de pneus, trilhas etc. Caso haja algum objeto subtraído, este pode ter sido levado como souvenir pelo agressor e, dependendo do caso, ser sua própria assinatura.” (PENTEADO FILHO, 2019, p. 52)

Embora a elaboração de perfis não serve apenas para homicídios em série, é principalmente nesses casos que os resultados se mostram mais eficiente.

## 6.2 Validade do Criminal Profiling

Um dos maiores problemas a respeito à validade do profiling, é o fato de não existir uma base científica suficiente que possa confirmar que é uma técnica válida de investigação criminal. Porém, é plausível dizer que essa técnica ainda está em fase de validação.

Embora em outros países o Criminal Profiling siga tendo ainda sua validade questionada, sua utilização em investigações tem sido comprovada, recomendada e aprimorada. Já no Brasil, falta uma sólida cultura que entenda a importância desse trabalho pericial.

## 7 ANÁLISE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A análise de investigação criminal tem como base a revisão das evidências da cena de crime, das vítimas e das testemunhas e é produzida tanto numa perspectiva investigativa como numa perspectiva comportamental. Esta análise pode colaborar com informações sobre o criminoso mostrando suas características e traços, como também pode dar algumas indicações de investigação e estratégias de como proceder nas entrevistas de testemunhas.

Burgess *et al.*, (1992, p. 310 apud Turvey, 2012, p. 73) diz que “O FBI determina análise de investigação criminal é um processo de investigação que identifica a grande personalidade e as características comportamentais do infrator com base nos crimes que ele ou ela tenham cometido”.

Como diz Toutin, (2002, apud Correia *et al.*, 2007, p. 595): “Pode-se distinguir o termo profiling Criminal do termo Análise Criminal, no sentido em que o primeiro se refere a dimensão psicológica, psiquiátrica e psicanalítica do crime e do criminoso, enquanto o segundo diz respeito às sugestões e conselhos de investigação.”

O profiling criminal nada mais é que um exame do crime, que explica os comportamentos que ficaram evidentes no quando o crime foi cometido. Porém é na análise criminal dos comportamentos que surge a descrição do indivíduo suscetível de os ter cometido.

Segundo Correia *et al.*, (2007, p. 596) a “Análise da Investigação Criminal (CIA) do FBI resume os seus processos em quatro fases: assimilação de dados; classificação do crime com base em elementos convergentes acumulados; reconstituição do crime e a elaboração do perfil criminal.”

Douglas e Burgess (1986, p. 2) sugere que:

“O procedimento da análise de investigação criminal (CIA) envolve sete etapas: avaliação do ato criminal; avaliação compreensiva das características específica da cena do crime; análise compreensiva da vitimologia; avaliação dos relatórios policiais preliminares; avaliação do relatório da autópsia e das perícias forenses; elaboração de um perfil com as características mais críticas do ofensor e por fim sugestões para a investigação com base na elaboração do perfil.”

Apesar desse método de não admitir uma identificação rápida do ofensor, ele atende as principais necessidades para orientar a investigação criminal, pois com ele se consegue expor as principais características do criminoso através de suas ações.

### **7.1 VICAP - Violent Criminal Apprehension Program**

Por causa dos perfis o FBI desenvolveu um programa com bases metodológicas que facilita aplicação dos profiling, e que pode ser utilizada por todos os policiais e agentes em todo o território dos EUA. Segundo Soeiro (2009), este programa sugere uma mudança em alguns aspectos da aplicação dos Perfis Criminais, criando assim uma base de dados totalmente informatizada, o Violent Criminal Apprehension Program (Programa de apreensão de Criminosos Violentos), ou VICAP, traz com sigo algumas facilidades, como o caso de que os policiais podem as verificar as informações contidas nele sempre que for necessário.

Este programa foi projetado pela BSU, a Unidade de Ciência Comportamental do FBI, e ele une dados recolhidos de casos que foram resolvidos pela polícia que permite que sejam comparados estatisticamente com crimes violentos que não foram resolvidos (KOCSIS, *et al.* 2000).

O uso desse programa, que foi destinada para a Análise de Investigação Criminal, admite a criação de hipóteses sobre o ofensor, sobre as características da personalidade, particularidades pessoais e desenvolvimento do comportamento criminal, assim, em casos que há uma grande complexidade, simplifica a investigação criminal deixando-a mais organizada.

## **8 PERFIL GEOGRÁFICO**

O perfil geográfico ou geoprofiling tem como intuito a estruturação de um perfil geográfico, assim ao utilizar as localizações dos crimes como homicídios e estupro em serie poderia determinar uma provável área de atuação do criminoso, sendo representado por mapa.

De acordo com Rossmo e Velarde (2008), o crime não acontece de forma eventual e têm padrões espaciais que conjeturam a personalidade e a vida do agressor. Konvalina –Simas, (2014. p. 79) diz “quando um indivíduo comete uma série de crimes deixa informações acerca do seu mapa mental, o que, por sua vez, permite deduzir informações acerca do agressor”.

A ideia dos estudos científicos do geoprofiling teve seu início através da Criminologia Ambiental, que tem como maior preocupação saber quando e onde acontecerá o crime.

De acordo com Carter e Larkin (1993) o caminho que o criminoso percorre possui uma certa ligação com o tipo de delito cometido, sem contar que eles se sentem mais confortáveis e no controle da situação se estiverem em uma área por eles conhecida.

Segundo Rossmo e Velarde (2008), as localizações dos crimes não são distribuídas por acaso, e estes locais recebem influências das características do ambiente e do seu espaço físico.

De acordo com Canter e Larkin (1993) o profiling geográfico possui dois tipos de extensão: a primeira, descrita como alcance residencial, ou seja, o local onde o criminoso habita e é conservado pelo elevado risco de ser apanhado ou reconhecido, por isso nessa área não o criminoso não comete crimes, se calcula que aproximadamente, oitocentos metros em torno da residência; já a segunda extensão é descrita como alcance criminal, que é a abrangência da área que acontecem os crimes.

Ainda segundo Canter e Larkin (1993) existem dois padrões comportamentais diferentes na área do alcance criminal, são chamados de Marauder que é o mais comum e Commuters. Os padrões Maraudes são os criminosos que têm suas “rotas de conforto” como ir para o trabalho, ou passear no shopping, visitar um amigo. O crime acontece durante rota até essas localizações e as com isso as ruas entre elas acabam se configurando como “zona de conforto”, por isso aplica o princípio da familiaridade, ou seja, por terem o conhecimento da área os criminosos acabam se sentindo confortáveis para escolher seus alvos, configurando o Alcance Criminal do Marauder. Ainda de acordo com Canter e Larkin (1993), os crimes geralmente ocorrem ao máximo de 3 km de suas residências. Outra probabilidade, pode ser o desenvolvimento do criminoso Marauder, que, depois cometer vários crimes pertos a sua casa, a área estaria “suja”, de tal modo aumentando o risco de ser apanhado pela polícia e a distância seria uma saída.

Já os Commuters não utilizam apenas a “rota de conforto”, eles se distanciam e viajam para longe das suas localizações presentes no seu cotidiano. Para Meaney (2004), a



origem da distância trilhada pode ser devido à falta de alvos perto de casa ou a descoberta de vítimas mais interessantes em outra região.

Por não abranger o perfil psicológico do criminoso ou provas comportamentais, o perfil geográfico é elaborado através de programas específicos de computador. Esse é um ponto que este procedimento falha, pois existem algumas percepções e análises que somente o conhecimento humano pode refutar. Em todo caso, o entendimento dos padrões geográficos dos agressores pode contribuir para gerar a uma área provável que a residência do ofensor se localiza e assim ajudar em casos de difícil solução.

## **9 ANÁLISE DOS VESTÍGIOS COMPORTAMENTAIS**

A metodologia da Análise dos Vestígios Comportamentais (AVC) estuda a partir de fatos empíricos todos os sinais comportamentais que têm a capacidade de ser evidenciados. Após uma análise minuciosa, os vestígios são encontrados a partir de todas as evidências sejam elas físicas, testemunhais ou documentadas que estejam relacionadas ao crime.

Segundo Paulino (2013) o perfil criminal se aproveita dos resultados das AVCs que foram descobertos para produzir padrões comportamentais a fim de sugerir características do suspeito.

De acordo com Turvey (2012) é com suporte de três fontes de dados que são feitas as análises para conclusão dos casos sem a necessidade de ideias pré-concebidas do suspeito. A primeira fonte é exame forense que nada mais é que a averiguação e interpretação de evidências físicas relacionadas ao crime; é onde o profiler inicia o seu trabalho de produzir os vestígios comportamentais. A segunda fonte é a vitimologia mede as características da vítima, o grau de risco e a exposição ao risco para poder identificar características do suspeito, como sua motivação e o grau de risco que ele se colocou quando cometeu o crime. A última fonte é a análise do crime, que nada mais é, que todo o processo de investigação e sobre o tipo de crime atentado, os seus procedimentos e suas características do local do crime, assim como a análise da vitimologia e dos exames forenses que se conectam ao final para a construção do perfil.

É necessária uma análise profunda e criteriosa das pistas comportamentais para que seja feita um a conclusão de um perfil criminal com resultado confiável e completo.

### **9.1 Comportamento Criminal Organizado e Comportamento Criminal Desorganizado**

O estudo do comportamento é de extrema importância, pois se consegue identificar características relevante do criminoso. Existe dois grupos de comportamento distintos que se pode classificar os ofensores, são eles, o comportamento organizado e o desorganizado. De acordo com Turvey (2012), o comportamento organizado e desorganizado tem como teoria uma hipótese bem simples, pois em um local de crime desordenada, confusa ou caótica, com várias evidências físicas, pode indicar um criminoso desorganizado, porém um local de crime sem ou com pouca evidência, e que não parece ou é menos confusa, pode indicar um criminoso organizado.

Segundo Douglas *et al.* (1992, apud Canter, *et al.*, 2004) existe uma terceira categoria, que seria o Agressor Misto, uma mistura de organizado e desorganizado, pois existe algumas razões para os que os criminosos não sejam facilmente discriminados como organizado ou desorganizado, já que o crime pode ter mais de um autor, ou pode aparecer alguns imprevistos que o autor do crime não tenha planejado como no caso de a vítima resistir, ou ainda o ofensor pode alcançar um diferente resultado durante seu delito.

A tendência é que o agressor misto com o tempo se torne mais organizado ou desorganizado.

### **9.1.1 Comportamento Criminal Organizado**

As análises de cenas de crime onde um comportamento criminal organizado aparece, mostra que o ofensor possui uma personalidade com igual características, ou seja, são criminosos que praticam o delito de forma cautelosa, que premeditam o crime, deixando assim menos vestígios, sem contar que geralmente escolhem vítimas desconhecidas.

De acordo com Soeiro (2009), os criminosos matam, ao que parece, sempre depois que passam por algo estressante, como um relacionamento amoroso fracassado, problemas financeiros, ou problemas no local de trabalho. As ações destes sempre espelham um nível alto de planejamento e controle. Por isso a cena do crime vai refletir, uma abordagem sistemática e metódica.

O criminoso organizado possui como característica ser qualificado socialmente, e consegue lidar muito bem com situações interpessoais. Segundo Canter *et al.* (2004) os criminosos organizados são mais predispostos a conversar com a vítima antes de cometer o crime.

Uma cena de crime cometida por criminoso organizado, nem sempre vai ser oculta, pois muitas vezes o ofensor planeja a descoberta apenas para que fique implícito seu controle. Porém toda cena de crime não oculta tem sempre um sentido de organização, para que o autor do crime não seja descoberto. De acordo com Girod (2004, p. 33) "o

ofensor toma precauções contra a sua própria descoberta. Poucas, se algumas, armas ou impressões digitais são encontradas. O crime aparenta ser deliberado, calculado e pré-planejado”.

Um criminoso organizado é tão ou mais perigoso do que um criminoso desorganizado, já que pela premeditação do crime, os vestígios encontrados são puramente calculados pelo autor, fazendo com que seja dificultada sua captura.

### **9.1.2 Comportamento Criminal Desorganizado**

Diferente do comportamento organizado, o criminoso que possui o comportamento criminal desorganizado, indica que possui uma menor capacidade cognitiva, e demonstram a falta de planejamento na forma de organizarem e praticarem o crime, muitas vezes fazendo o delito de forma espontânea e improvisada.

Segundo Douglas *et al.* (1992, apud Canter, *et al.*, 2004), o criminoso provavelmente estará bem próximo da cena do crime. A falta de planejamento durante todo o crime, seja antes, durante ou após, será repetida no estado caótico do delito cometido e da cena do crime. Por não ter um relacionamento social saudável e normal, pode aumentar a possibilidade de ignorância sexual, fazendo assim como componente dos atos homicidas, o aumento do grau de perversões sexuais ou disfunções.

A cena do crime considerada desorganizada sugere que o delito foi praticado de forma improvisada, ou seja, o crime foi de repente, sem planejamento e principalmente sem uma tentativa de evitar a prisão. De acordo com Girod, (2004, p. 33 e 34) “A arma está constantemente presente na cena. Não houve nenhuma tentativa de ocultar o corpo. Há frequentemente uma grande quantidade de provas para usar na investigação”.

Portanto, quando se fala em comportamento criminal organizado sempre irá se averiguar se o criminoso tentou dificultar a investigação, coisa que com o comportamento criminal desorganizado não irá acontecer, pois este é socialmente imaturo, desempregado, desleixado com sua aparência e suas atitudes, e principalmente não se preocupa se as vítimas são conhecidas ou não. Criminosos considerados psicopatas estão propensos a pertencer ao grupo dos organizados, já os criminosos considerados psicóticos tendem a pertencer ao grupo dos desorganizados.

## **10 CASOS REAIS QUE TEVE AUXÍLIO DOS PERFILS CRIMINAIS.**

### **10.1 George Metesky, o Mad Bomber**

George Metesky, o Mad Bomber de Nova York, foi culpado por implantar mais de 30 bombas caseiras na cidade de Nova York durante por 15 anos.

As bombas de Metesky causavam danos as propriedades, porém também feriu e matou algumas pessoas que estavam perto quando a bomba era detonada. (MEDEIROS, 2018).

O psiquiatra James Brussel desenvolveu o perfil criminal de um homem que estivesse entre 40 e 50 anos, fosse solteiro e católico, robusto fisicamente e que tivesse nascido fora do país. Ainda descreveu que o suspeito moraria com um irmão ou irmã e seria um descontente empregado ou um ex-empregado da *Consolidated Edison*, a companhia de energia elétrica que teve sua sede como palco para o primeiro atentado da cidade. Além disso, o homem teria paranoia progressiva, sem contar que seria uma pessoa introvertida, porém não seria antissocial, seria hábil como mecânico, além de astuto e habilidoso com ferramentas. O suspeito deveria demonstrar um desprezo por outras pessoas e um ressentimento disfarçado com relação a críticas sobre seu trabalho, e não seria interessado em mulheres, sem contar que teria uma educação que correspondesse ao ensino médio. Por fim, o suspeito sempre usaria um terno com uma fileira dupla de botões, e totalmente abotoado (VIANA, 2016).

Metesky foi preso em janeiro de 1957, onde confessou o crime. Ele foi condenado a 25 anos de prisão, onde cumpriu apenas 2/3, e mandando para uma clínica psiquiátrica. Porém foi liberado em 1973. Ele morreu em 1994, em casa, aos 90 anos.

## 10.2 Ted Bundy

Ted Bundy foi um dos assassinos em series mais conhecido, seu método de atrair universitárias até o carro fingindo ser deficiente físico, para estuprá-las e depois matá-las, foi descoberto por dois especialistas do FBI que estudaram seus padrões comportamentais, ou seja, como agia, tanto escolhendo suas vítimas, tanto como as atraía e as matava. (MEDEIROS, 2018).

Ted Bundy, possuía transtorno de personalidade narcisista, era ambicioso, se imaginava sempre no topo, não suportava a rejeição, possuía dificuldades em lidar com as críticas, se via superior, e sempre acima das regras, e tendo os outros como fracos e inferiores. Possuía uma necessidade de admiração e falta de empatia, além de atitudes arrogantes e insolentes. (SILVA, 2014).

Ted Bundy, foi preso em 1978 e sentenciado a execução por cadeira elétrica. Ele confessou 30 mortes, porém as autoridades acreditam que ele possa ter matado muito mais. Ele foi executado em 1989.

## 11 O CRIMINAL PROFILING NO BRASIL

No Brasil, quando se fala em perfil criminal, poucas são as referências que se encontra. Mesmo que a mídia aborde o tema, por aqui isso ainda é muito escasso. São

poucos os profissionais que possuem qualificação para atuar como profiler. Além disso a literatura a respeito do tema é quase inexistente em português, fazendo com que as referências sempre venham de outros países, principalmente dos EUA.

De acordo com Penteadó Filho (2019) a Academia de Polícia de São Paulo, começou a ter conversas com o FBI a respeito de implementar um projeto de perfilamento criminal, em 2007, porém o projeto não foi para a frente por conta do descaso e ignorância sobre o assunto das autoridades governamentais. Em 2011 a Academia voltou ao projeto, criando a disciplina Perfilamento Criminal, que se tornou obrigatória na formação de novos policiais civis em 2012; e elaborou um curso de aperfeiçoamento em perfis criminais que era designado para policiais veteranos, assim como criou de um Programa de Pós-graduação lato sensu em Perfilamento Criminal. Em contrapartida, também começou uma cooperação com FBI, onde consistia em realizar um curso sobre perfis criminais, fornecidos pelos norte-americanos. Porém em julho de 2015, o projeto foi abandonado.

A Polícia Civil de Goiás (2021) possui um projeto em andamento para pôr em prática a Unidade de Ciências Comportamentais, Análise e Observação de Suspeitos (UCCAOS), onde visa estudar as evidências psicológicas e os vestígios comportamentais do criminoso que se que se transmite na forma de cometer os crimes.

No Brasil ainda possui o CECCRIM - Centro de Estudos do Comportamento Criminal, que é uma instituição envolvida na capacitação e pesquisas sobre o tema violência, onde oferece cursos para a polícia civil, as forças armadas, para profissionais que trabalham em presídio, estudantes em universidades, a secretarias de estado e ainda da assessoria no sistema prisional e na cena de crime. (CECCRIM, 2022). O centro tem atuado em várias consultorias auxiliando na criação de perfis criminais, incluindo dos narcotraficantes Fernandinho Beira-mar e Carlos Abadia.

Apesar de haver uma instituição e um projeto para criação de perfis em um estado do país, percebe-se que o Brasil possui problemas quando se trata das ciências jurídicas criminais e sociais pela falta de conhecimento e de desenvolvimento da matéria. Com isso percebe, que essa carência em relação ao perfil criminal vem do não investimento por parte do Estado.

## **12 O CRIMINAL PROFILING COMO PROVA PERICIAL DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.**

A elaboração de um Perfil Criminal tem como base as Ciências Humanas e Comportamentais. Sendo uma técnica de investigação evolutiva, ela é de extrema importância para processo penal. Apesar no Brasil existir uma polícia judiciária bem-

intencionada, na maioria dos casos, por deficiência material e técnica, várias investigações acabam não tendo uma resolução.

Apesar de ser muito pouco utilizado para auxiliar algumas investigações em território nacional, o Perfil Criminal não possui nenhuma restrição que o impeça de utilizar os resultados da técnica como prova no processo. Porém, fica a cargo do Juiz admitir o perfil como prova. Esta que pode ajudar na fixação da pena base. De acordo com art. 59 do CP "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime." Como foi dito anteriormente o perfilamento criminal da a resposta a basicamente todos os itens listados no artigo, e não tendo os dados no inquérito ou no processo a sentença condenatória poderá não espelhar a realidade do fato.

Assim, percebe-se a importância dos perfis para o Direito Penal e Processual Penal, já que o Juiz precisa que as considerações dos investigadores a respeito do comportamento do criminoso sejam incisivas, colaborando para uma aplicabilidade da lei mais justa.

### **13 CONCLUSÃO**

O criminal profiling e suas metodologias foi e continua sendo um instrumento importante na resolução de crimes violentos, com isso proporciona o descobrimento da autoria dos atos ilícitos, evitando assim mais crimes sejam cometidos. Além de ser uma área que engloba vários aspectos da investigação é de extrema importância para o Judiciário durante julgamentos e na parte pré processual.

O criminal profiling já é empregado para auxiliar algumas investigações em solo nacional. Sob o apoio da CF de 88 e do CPP brasileiro não há exceções categóricas que previnam a utilização dos resultados da técnica como prova no processo. Portanto fica encarregado ao magistrado a admissibilidade do perfil como prova, pois esta não é disciplinado pela lei.

Com isso se percebe que a descrição do processo investigativo é essencial para a compreensão do delito, porque não é permitido olhar somente uma parte do crime, ou a cena, a vítima ou o criminoso, é necessário reunir todas as informações para que o quebra-cabeça consiga ser juntado de forma completa.

O estudo do perfil criminal e suas metodologias seria interessante no Brasil, uma vez que poderia começar uma discussão sobre as questões sociais e ambientais que são capazes de diferenciar os crimes por localização ou auxiliar a provar os padrões



comportamentais já criados. O criminal profiling é a chance de o direito penal brasileiro adotar modelos mais experimentais em suas investigações criminais, permitindo assim a criação de normas legais que possam ajudar a combater a criminalidade com maior sucesso.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 outubro 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. **Lei dos crimes hediondos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em 17 de outubro de 202.

CANTER, D., & LARKIN, P. **The Environmental Range of Serial Rapists**. In: Journal of Environmental Psychology. 1993.

CANTER, *et al.* **The organized/disorganized typology of serial murder: Mith or model** Psychology, Public Policy, and Law. 2004

CECCRIM. **Quem somos**. Disponível em: <<https://ceccrim.com.br/quem-somos/>>. Acesso em 30 de julho de 2022.

CORREIA, E., *et al.* **Profiling**: Uma técnica auxiliar de investigação criminal. Análise Psicológica, 2007

DOUGLAS, J.E. & BURGESS, A.E. **Criminal profiling**: a viable investigative tool against violent crime. FBI Law Enforcement Bulletin, 1986.

EBISIK, N. **Offender Profiling in the Courtroom**: The Use and Abuse of Expert Witness Testimony, Publicado em 2008. Disponível em <[http://books.google.com.br/booksid=RKRyTqDoaQC&pg=PA1&hl=ptBR&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3#v=onepage&q&f=fal](http://books.google.com.br/booksid=RKRyTqDoaQC&pg=PA1&hl=ptBR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=fal)>. Acesso em 20 de julho de 2021.

GIROD, R. J. **Profiling the criminal mind**: Behavioral science and criminal investigative analysis. Lincoln, NE: Universe, Inc. 2004

HEUSI, Tálita Rodrigues. **O Perfil Criminal Como Prova Pericial no Brasil**. Itajai. Universidade do Vale do Itajai – UNIVALI. 2016.

KOCSIS, *at all*. **Expertise in psychological profiling**: A comparative assessment. Journal of Interpersonal Violence. 2000

KOCSIS, R. N. **Criminal profiling**: Principles and practice. Totowa. Ed. Humana Press, 2006

KONVALINA- SIMAS, T. **Profiling Criminal** –Introdução à análise comportamental no contexto investigativo. 2 ed. Editora Letras e Conceitos Ltda, 2014. 306p.

MEANEY, R. Commuters and Marauders: **Na Examination of the Spatial Behaviour of Serial Criminals**. In: Journal of Investigation Psychology na Offender Profiling. 2004

MEDEIROS, V. **5 Serial Killers capturados com a ajuda do Criminal Profiling**. Publicada em: 18 de junho de 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/590729550/5-serial-killers-capturados-com-a-ajuda-do-criminal-profiling#:~:text=3,da%20pol%C3%ADcia%20por%2016%20anos>> Acesso em 20 de abril de 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **A importância da psicologia jurídica**. Publicada em março de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64532/a-importancia-da-psicologia-juridica>>. Acesso em 12 de julho de 2021.

PAULINO, M. ALMEIDA, F. **Profiling, Vitimologia & Ciências Forenses, Perspectivas Atuais**. Editora: Pactor, Lisboa, 2013.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de Criminologia**. São Paulo. Saraiva. 2019.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE GOAIS. **PCGO implanta unidade de ciências comportamentais**. Publicada em: 08 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.policiacivil.go.gov.br/delegacias/pcgo-implanta-unidade-de-ciencias-comportamentais.html>> Acesso em: 30 de julho de 2022.

RODRIGUES, Marina Joana Ribeiro. **Perfis criminais**: validade de uma técnica forense. Cidade do Porto. Universidade do Porto. 2010.

ROSSMO, D.K.; VELARDE, L. **Geographic Profiling Analysis**: Principles, Methods and Applications. In: **Crime Mapping Case Studies**: Practice and Research. 2008.

SILVA, Gabriela de Oliveira, e GRACIOLI, Sofia Muniz Alves. **A Técnica Criminal Profiling: a visão de um profissional do sistema judiciário brasileiro.** Ribeirão Preto. Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos. 2016

SILVA, Livia A. M. **Análise comportamental do caso:** Ted Bundy. Publicada em 2014. Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/biografia/analise-comportamental-do-caso-ted-bundy.htm>> Acesso em 03 junho de 2022.

SOEIRO, C. B. **Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças.** Ousar Integrar– Revista de Reinserção Social e Prova. 2009

SOEIRO, Cristina. **Os perfis criminais:** contornos e aplicabilidade de uma técnica forense. Lisboa. Ousar integrar. 2008.

TURVEY, B.E. **Criminal profiling:** an introduction to behavioral evidence analysis. San Diego: Academic Press. 2012.

VIANA, C. **James Brussel, o “Sherlock Holmes do divã.** Publicada em 21 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/james-brussel-o-sherlock-holmes-do-diva/>> Acesso em 20 de julho de 2022.

## **INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE – O NASCEDOURO DO ATIVISMO**

**NADINE LANG DA SILVA.**

Graduada pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul.

**Resumo:** O presente artigo trata sobre a interpretação constitucional na modernidade, considerando o debate sobre a legitimidade e os sujeitos ativos da atividade interpretativa, realizado a partir de assuntos atuais e calorosos que trouxeram novos direitos e obrigações, bem como novas formas de encarar os problemas e soluções sociais. Analisa-se a parte introdutória do estudo interpretativo, as origens e princípios que permeiam a temática, seguido sobre o debate a respeito da legitimidade e os intérpretes da constituição, notadamente aqueles que sentem na prática a influência normativa. Posteriormente, abarca-se a interpretação jurídica diante dos novos direitos, abordando de que forma as técnicas interpretativas acabaram por originar o ativismo judicial e o ativismo congressional. O presente trabalho tem caráter descritivo e explicativo, utilizando como instrumento a pesquisa exploratória, com emprego de dados disponíveis em fontes bibliográficas físicas e eletrônicas. Ao final, seguem as considerações finais e as referências bibliográficas.

**Palavras-chave:** Interpretação jurídica. Intérprete. Diálogo. Ativismo.

**Abstract:** This article deals with constitutional interpretation in modernity, considering the debate on the legitimacy and active subjects of the interpretive activity, carried out from current and warm issues that brought new rights and obligations, as well as new ways of facing problems and solutions. social. The introductory part of the interpretive study is analyzed, the origins and principles that permeate the theme, followed by the debate about the legitimacy and the interpreters of the constitution, notably those who feel the normative influence in practice. Subsequently, the legal interpretation in the face of new rights is covered, addressing how interpretive techniques ended up giving rise to judicial activism and congressional activism. The present work has a descriptive and explanatory character, using exploratory research as an instrument, using data available in physical and electronic bibliographic sources. At the end, the final considerations and the bibliographic references follow.

**Keywords:** Legal interpretation. Interpreter. Dialogue. Activism.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípios orientadores da interpretação jurídica. 2. O debate da legitimidade. 3. Influência da interpretação e novos valores jurídicos. 4. O papel do ativismo judicial e ativismo congressional. Considerações Finais

## **Introdução**

Com a escalada do progresso tecnológico e da globalização, novos direitos e novos valores se avizinham. Da interpretação, assim, exige-se muito mais do que mera atribuição de significado para as palavras, englobando também a troca de experiências, a criação de novas técnicas, um diálogo inclusivo e um discurso fundamentado e legitimado.

Um mundo multi-informado traz muitos desafios na busca de uma sociedade livre, justa e igualitária, notadamente quando a interpretação destes termos pode ter origem e destino distintos, dependendo de diversos fatores determinantes e mutáveis, uma vez que o arquétipo de assuntos sensíveis ao corpo social vem ficando cada vez mais plural e complexo.

Igualmente, o Direito precisou mudar e se adaptar, criar sistemas, portais e sites. Tutelar direitos antes inimagináveis, como, por exemplo, a recente Lei Geral de Proteção de Dados. E com isso, a interpretação jurídica também mudou, pois agora ela é pública, notória, reconhecível e onipresente. Um texto pode ser interpretado de uma ou outra maneira, talvez não pela maneira original, mas é certo que pode atingir pessoas, comunidades ou sociedades de formas diversas.

Ainda, quando grandes temas envolvem decisões do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, é tudo questionável, pois a sociedade, diante de portais de transparência, de noticiários 24 horas e de redes sociais, passa a exigir e, sobretudo, questionar a legitimidade dos Poderes para uma ou outra decisão.

Este trabalho tem como problema a análise central da interpretação jurídica diante das diversas e multifacetadas demandas modernas, tendo por norte as técnicas interpretativas como método fundante de soluções legislativas e judiciais. Diante desse problema, a hipótese parece ser complexa, multitarefada e, como tal, social, sendo que analisar as diversas formas de interpretação jurídica frente a diversidade de demandas modernas, passa a ser uma tarefa essencial, difícil em sua consecução, legitimidade e aceitação.

### **1. Princípios orientadores da interpretação jurídica**

A interpretação jurídica é ferramenta elementar, inicial, instrumental e de aplicabilidade de qualquer ordenamento jurídico, notadamente diante de um democrático estado formado por uma nação de proporções étnicas e geográficas continentais. Mas, muito antes disso, a interpretação é onipresente ao longo dos séculos, revelando os valores e objetivos de determinada sociedade no espaço e no tempo.

Toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete, e, evidentemente, o imaginário de cada um. Ao longo dos séculos, o homem tem recorrido à mitologia, ao sobrenatural, ao panteísmo, à fé monoteísta e de diversos credos e à obsessão do racionalismo (BARROSO, Luis Roberto, 1996, p. 1).

A atividade interpretativa está presente em todos os âmbitos, não sendo, contudo, estanque. É mutável tal qual a sociedade. Também é adaptável, flexível e sensível.

Como qualquer instituto jurídico, mas muito mais que isso, a interpretação jurídica é compreendida ao redor de alguns princípios, que auxiliam na construção de respostas, e também de (re) perguntas.

O catálogo de princípios atualmente conhecido foi originalmente proposto por Konrad Hesse e, posteriormente, difundido e ajustado por José Joaquim Gomes Canotilho (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, 2017, p. 282).

Primeiramente, o princípio da unicidade revela um caráter uno na norma fundamental, de forma que ela represente a partida e a chegada da interpretação, não deixando margens para ser entendida em partes. Nesse sentido:

O princípio da unidade da constituição implica que no âmbito da interpretação constitucional cada norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo a considerar a circunstância de que a constituição representa uma unidade, um todo indivisível. 546 Como bem disse Eros Roberto Grau, trata-se de levar a sério a noção de que a constituição (o que se aplica ao direito em geral) não pode ser pura e simplesmente lida em tiras, aos pedaços isolados (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 282).

Já o princípio do efeito integrador, tem relação com o acima descrito, pois orienta um entendimento de pertencimento, de forma que a resposta deve ser encontrada pelo exercício da integração política e social.

O princípio do efeito integrador tem uma ligação estrita com o da unidade da constituição, por justamente significar a primazia da integração política e social como critério fundamental na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, o que, posto de outro modo, implica que se deve dar preferência aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 283).



O princípio da máxima efetividade, como a própria designação literal, alude ao sentido de se dar a maior efetividade social possível. Pedro Lenza (2020, p. 134), citando Canotilho, afirma: “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais”.

A força normativa da constituição, termo amplamente cunhado, é extraída do princípio da justeza/conformidade funcional. Isso porque o intérprete não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional que foi estabelecido constitucionalmente, pois em momentos de crise deve prevalecer a fidelidade e adequação à norma fundamental (LENZA, 2020, pg. 135).

Sobre o princípio da concordância prática ou harmonização:

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios (LENZA, 2020, pg.135).

Como a essência da interpretação é dar sentido às normas, o princípio da interpretação conforme a Constituição extrai de normas plurissignificativas ou polissêmicas um resultado que se aproxime da Constituição, sendo implementada pelo judiciário, quando instado, considerando-se as dimensões da prevalência da constituição, da conservação das normas, exclusão da interpretação *contra legem*, existência de espaço de interpretação, rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais e a impossibilidade do intérprete atuar como legislador positivo. (LENZA, 2020, pg. 135/136).

Por derradeiro, na presente análise, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que reflete uma importância extrema, notadamente em situações de colisão entre valores constitucionalizados (LENZA, 2020, pg. 136). Nesse sentido:

Com efeito, proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio. Por outro lado, apenas na aplicação desses princípios (e critérios) é que se logra obter a construção de seu significado, legitimação e alcance, pois a cada situação solucionada amplia-se o âmbito de sua incidência. Originário do direito administrativo prussiano, o princípio da proporcionalidade (assim como, na tradição anglo-americana, a

noção de razoabilidade = *reasonableness*), na sua forma inicial e até hoje reconhecida (embora reconstruída ao longo do tempo), guarda íntima vinculação com a ideia de um controle dos atos do Poder Público, buscando precisamente coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos, evoluindo, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais. Não é à toa, portanto, que se fala em uma evolução da reserva legal para uma reserva de lei proporcional, no sentido de que o próprio legislador está vinculado pelo dever de proporcionalidade e com base neste pode ser controlado (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 287).

Assim, a proporcionalidade, além de princípio instrumental interpretativo, é um meio de coibir excessos, garante direitos fundamentais, bem como confere legitimidade aos atos legislativos e decisões judiciais.

Por oportuno, é preciso destacar que a interpretação não é ilimitada e desnorteada. É nesse contexto que a doutrina menciona o tema dos limites à interpretação constitucional.

Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo e o não conhecimento da ação, em termos de segurança, preferem-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos. Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a Constituição como verdadeira técnica de decisão (LENZA, 2020, pg. 137).

Portanto, na interpretação judicial que propriamente cria a decisão, pois encontra um resultado consubstanciado no sentido auferido, é preciso tomar por norte algumas técnicas que, muito mais que princípios orientadores, vinculam sua a análise e limitam a conclusão para que o judiciário não incorra em uma atividade absolutamente inventiva na legislação.

Assim, os limites e o alcance da atuação dos poderes constituídos, em especial no que concerne à posição do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, devem ser determinados a partir da noção de que o princípio da separação dos poderes implica uma posição de deferência em relação aos demais órgãos estatais e, no que diz com a postura adotada pelo Poder Judiciário, até mesmo uma

espécie de autorrestrrição, na linha do assim chamado *judicial self restraint* praticado nos Estados Unidos da América (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 294).

Essa observância da autorrestrrição não significa reduzir competências judiciais, mesmo porque o princípio da separação dos poderes vale especialmente para as relações entre o legislador e a jurisdição constitucional, de modo que a esta incumbe apenas uma função de controle da legislação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 294).

No íterim da análise de interpretação constitucional à luz dos princípios como normas, imperioso destacar a notável crítica ao “pamprincipiologismo” (Lenio Luiz Streck) e a realidade de uma inegável “Supremocracia” (LENZA, 2020, pg. 142). Como um argumento universal, cada vez mais se observa a banalização dos princípios, de forma que tudo nasce e tudo se esvai em principiologia.

Lenza (2020, pg. 143), mencionando Daniel Sarmento, destaca que “no Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser ‘levadas a sério’, evitando-se a ‘anarquia metodológica’ e a ‘carnavalização’ da Constituição”. É que a abertura para que todos os temas se tornem princípios, pode vir acoplada a um problema de legitimidade, pois, na falta de leis, qualquer princípio serviria como base para qualquer decisão.

Lenio Luiz Streck, sobre esse tema, em seu dicionário sobre hermenêutica jurídica, argumenta de forma contundente:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e da força normativa da constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. O “pamprincipiologismo” se transformou em um caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX, a partir da tese – simplista e mistificada – de que na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “Deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (2017, pg. 151).

É preciso entender que, embora as importantes críticas, o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios, formando toda normatividade que gravita o Estado Democrático de Direitos, e cada qual possui sua seara de aplicação. Não se pode, em medida drástica, criar um princípio qualquer para fundamentar uma decisão, mas deve se usar a importância dos preceitos principiológicos para cotejar os princípios e as regras em uma aplicação harmônica, proporcional e adequada.

Um sistema harmônico de aplicação normativa é sem dúvida o caminho para soluções sociais, legítimas e adequadas, pois cada método usado de maneira fidedigna ao seu arquetipo original, só pode redundar em aplicação congruente com o ordenamento. É nesse sentido que a doutrina trabalha com a ideia de limite à interpretação:

As decisões, sem dúvida, devem encontrar sustentação na Constituição, que, como afirmamos (*item 3.7*), deve ser o porto seguro para os necessários limites da interpretação, evitando-se, assim, os riscos de uma ditadura do Poder Judiciário. As regras devem ser prestigiadas, mas, diante de colisão e impossibilidade de convivência, os princípios deverão ser destacados (aliás, inimaginável o sistema sem os princípios). As soluções devem ser com base nos verdadeiros princípios, que encontram fundamento histórico na luta por uma Constituição democrática (essa a grande dificuldade, qual seja, a identificação desses princípios). Devem ser evitados os pseudoprincípios, que serviram, muitas vezes, de alibis teóricos para as decisões sem fundamentação firme (LENZA, 2020, pg. 143).

Citando Humberto Ávila, Lenza prossegue:

A solução proposta por Humberto Ávila, já lançada, mostra-se bastante equilibrada. Conforme sustenta, a *interpretação* e a *aplicação* de princípios e regras dar-se-ão com base nos postulados normativos *inespecíficos*, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e *específicos*, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (LENZA, 2020, pg. 143).

Com efeito, a atividade interpretativa exige técnica e experiência, e não é baseada exclusivamente de modo automático decorrente da simples leitura. O exercício é trabalhado com toda a existência do ordenamento, aplicando-se as regras quando suficientes, incluindo a fundamentação principiológica quando necessário, sempre atendendo aos fins almejados pelo ordenamento, em uma busca de significação fiel aos valores constitucionais e democráticos.

## 2. O debate da legitimidade

Indissociável do debate acerca da hermenêutica jurídica é a abordagem dos sujeitos que realizam a comentada atividade, notadamente a influência do entendimento de Peter Häberle quando da compreensão da sociedade aberta de intérpretes. Pedro Lenza (2020, pg. 145) aborda de maneira cristalina a intenção da teoria hermenêutica:

Häberle observa que, dentro de um conceito mais amplo de hermenêutica, “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (...); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (...). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional”.

Esse aspecto de interpretação ampla reflete a pluralidade da sociedade em que a interpretação é exercida. Assim, quanto mais pluralista ela for, mais aberto é o critério de interpretação.

É certo que a interpretação, então, dá legitimidade à democracia, pois nada mais legítimo e puro para um ambiente democrático do que o amplo debate no seio da sociedade, e é nesse sentido que ganha importância as figuras do *amicus curiae* e as audiências públicas, materializando-se a ideia de amplitude do discurso e debate diversificado (LENZA, 2020, pg. 145).

Impende destacar que a teoria dos diálogos constitucionais ganha grande território para discussão, visto que em um ordenamento jurídico lapidado na ideia de freios e contrapesos, a troca de informações e o exercício da argumentação nas mais diversas hipóteses de decisão, constroem o tipo de exercício democrático existente.

Assim, em importante conclusão, observa que “a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais — Legislativo, Executivo e Judiciário — e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da

empreatada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas” (fls. 28 do acórdão lavrado na ADI 5.105) (LENZA, 2020, pg.76).

Assim, forçoso reconhecer que, a depender do intérprete e da sociedade em que está inserida a resolução dada pela interpretação, alguns temas se tornam mais ou menos sensíveis. A leitura de uma obra literária não exige a demonstração do porquê foi escolhido um caminho e não outro. E é justamente essa a essência da interpretação jurídica, pois, além de exigir técnica, demanda um exercício de influência no corpo social. Portanto, a solução prática conferida pelo intérprete à norma (sentido amplo) influencia a sociedade de maneira contundente e perceptível.

Isto vai ao encontro da ideia de que atividade interpretativa deve passar por aqueles que sentem a norma, que vivem no cotidiano as consequências práticas do arranjo normativo democrático. Por tal razão, ampliar os legitimados no debate para além daqueles formalmente institucionalizados é encontrar genuinamente a solução adequada para a realidade social.

Härbele (1997, p.23) defende também que é própria da força produtiva da interpretação, a opinião pública democrática e pluralista, obtendo um importante papel, nesse processo, a mídia (imprensa, rádio, televisão, etc.), e também os cidadãos, as associações, os partidos políticos, igrejas, editoras, teatros, escolas, dentre outros. A participação do indivíduo é potencialmente integradora de todas as forças da comunidade política no processo, em que a ampliação desse círculo de intérpretes decorre da necessidade de integrar a realidade no processo interpretativo. Neste o cidadão formula um recurso constitucional, ou seja, atua como intérprete direito do texto da Lei Maior, já que essa interpretação é uma atividade que, em geral, diz respeito a todos.(CAMPOS, Ana Karina, 2017).

Dentro de uma sociedade cada vez mais pluralista e multifuncional e, ao mesmo tempo, encantada pelas facilidades da tecnologia e pelo encurtamento do caminho entre a informação e a transmissão, torna-se cada vez mais difícil legitimar decisões em um Estado no qual os três poderes passam a se contrariar, tendo entendimentos divergentes e conflitantes, colocando em xeque a confiança da população em relação às instituições estabelecidas.

### **3. Influência da interpretação e novos valores jurídicos**



Pelo arranjo democrático existente é possível observar que o Legislativo cria a norma, o Executivo a aplica, mas quando, sua aplicação ou criação não obedecem aos ditames constitucionais e legais, o Poder Judiciário entra em cena.

Um dos maiores desafios a ser enfrentado é aquele decorrente da dificuldade de se justificar e aceitar o modelo de revisão judicial pelo qual se invalida a vontade do povo materializada no trabalho legislativo fruto da atuação do parlamento. Este conhecido fenômeno tem sido denominado pela doutrina clássica de "dificuldade contramajoritária" (ou seja, a palavra final na interpretação sendo dada por juízes destituídos de legitimidade democrática). Souza Neto e Sarmento, ao analisarem o modelo constitucional dos Estados Unidos e também reconhecerem a supremacia da Constituição como "um princípio jurídico judicialmente tutelado" (*Marbury vs. Madison*) e não apenas uma proclamação política, também destacam a tensão entre supremacia judicial e "constitucionalismo popular" (LENZA, 2020, pg. 74)

Para acirrar ainda mais a questão, a sociedade experimenta uma explosão de novos direitos, que claramente gravitam o discurso sensível de diversas searas, por vezes envolvendo religião, orientação sexual, ambiente, capitalismo e tecnologia.

O debate ampliado acaba por polarizar uma sociedade naturalmente plural, dividindo cidadãos que vivem em um mesmo território com os mesmos problemas sociais, mas com diferentes fatores determinantes.

É certo que alguns valores jurídicos vêm se modificando ao longo dos anos, outros se extinguindo, e muitos se criando. Isto se denota da própria natureza da sociedade e de sua característica de constante evolução.

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado (LENZA, 2020, pg. 64).

É que muitas questões que eram meramente legais ou mesmo que ficavam apenas na seara da retórica, transformaram-se em direitos constitucionais. Isto foi percebido quando da constitucionalização do direito, após experimentos autoritários que redundaram em guerras e traumas sociais. Daí surge o que a doutrina chama de

neoconstitucionalismo:

A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2020, pg. 68).

Nathalia Masson, abordando os tipos de constitucionalismo, menciona a ampliação do famigerado tema de *gerações de direitos fundamentais* (destaquei), os quais tiveram origem nas nefastas consequências das duas grandes guerras:

Tendo como matriz o princípio da dignidade da pessoa humana, tal fase do constitucionalismo (que começa a se desenvolver após o encerramento do trágico período das duas Grandes Guerras Mundiais) traz novos grupos de direitos fundamentais, notadamente relacionados à necessidade de respondermos satisfatoriamente às novas ameaças, reveladas pelas barbáries cometidas durante os conflitos bélicos. Assim, surgem os direitos fundamentais de 3ª, 4ª e 5ª geração (...) na 3ª geração estão consagrados os direitos de solidariedade/fraternidade; na 4ª os relacionados ao pluralismo, à diversidade, à democracia e à informação; na 5ª teríamos o direito à paz (2020, pg. 38).

É neste contexto que se fala na força normativa da constituição, pois no momento em que a norma fundamental passa a ser realidade, há uma relevância e força prática na vida dos sujeitos integrantes do corpo social. O texto tem força, e não é apenas figurativo. Isto implica concluir que a interpretação deve se dar em razão da consecução dos determinantes constitucionais e democráticos.

O surgimento de direitos relacionados à solidariedade, pluralismo, diversidade, democracia, informação e à paz escancararam as novas necessidades de uma sociedade complexa, ferida em diversos direitos que nem se notavam por serem existentes (MASSON, 2020, pg. 38).

Decorrência de direitos da isonomia, por exemplo, o julgamento paradigmático que garantiu a possibilidade de mudança de sexo sem cirurgia ou sem qualquer outro requisito

que não a identificação do sujeito com si próprio, exarado no Recurso Extraordinário 670.422.

Direito Constitucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. Possibilidade independentemente de cirurgia de procedimento cirúrgico de redesignação. Princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade. Convivência com os princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança. Recurso extraordinário provido. [...] 5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo 'transexual'. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. 6. Recurso extraordinário provido (STF, 2018, on-line).

O direito ambiental, um exemplo quase que onipresente nas constituições modernas, acabou por criar um sistema de princípios e regras, o qual também exige a construção de um sistema interpretativo peculiar.

Quando o mundo experimenta, na prática, consequências nefastas da má gerência dos recursos naturais a custo do desenvolvimento, a necessidade assente de se normatizar condutas e políticas é evidente e progressivamente necessária. Destaca Frederico Amado (2020, pg. 25):

Há uma crescente tendência mundial na positivação constitucional das normas protetivas do meio ambiente, notadamente após a

realização da CNUMA - Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972) pela ONU. Esse recente fenômeno político decorre do caráter cada vez mais analítico da maioria das constituições sociais, assim como da importância da elevação das regras e princípios do meio ambiente ao ápice dos ordenamentos, a fim de conferir maior segurança jurídico-ambiental. Logo, começaram a nascer as constituições "verdes" (Estado Democrático Social de Direito Ambiental), a exemplo da portuguesa (1976) e da espanhola (1978), que tiveram influência direta na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente na redação do artigo 225, principal fonte legal do patrimônio ambiental natural no nosso país. (...) A interpretação das regras e princípios ambientais é tão peculiar que justifica o desenvolvimento de uma hermenêutica especial, a exemplo da adoção da máxima *in dubio pro ambiente*, sendo defensável que o intérprete, sempre que possível, privilegie o significado do enunciado normativo que mais seja favorável ao meio ambiente.

Ainda, trazendo a análise para o âmbito capitalista, o direito do consumidor necessita de constantes transformações, notadamente pelo fato de que a tecnologia, que se altera diuturnamente, exige uma atitude constantemente fiscalizatória, para que os direitos do indivíduo desprivilegiado da cadeia de consumo sejam protegidos, tendo em vista multiplicidade de ofertas, de produtos e de preços.

O fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, pode ser identificado por vários fatores. O primeiro a ser citado é a globalização, a ideia de unidade mundial, de um modelo geral para as ciências e para o comportamento das pessoas. Fala-se hoje em linguagem global, em economia globalizada, em mercado uno, em doenças e epidemias mundiais e até em um Direito unificado. Quanto ao modo de agir, o ocidente se aproxima do oriente, e vice-versa. A China consome o hambúrguer norteamericano, e os Estados Unidos consomem o macarrão chinês. Alguns se alimentam de macarrão com hambúrguer, fundindo o oriente ao ocidente, até de forma inconsciente, em especial nos países em desenvolvimento. No caso do CDC brasileiro, tal preocupação pode ser notada pela abertura constante do seu art. 7º, que admite a aplicação de fontes do Direito Comparado, caso dos tratados e convenções internacionais, *in verbis*: "os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna

ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade". A par dessa unidade mundial, como afirma Erik Jayme, os Estados não seriam mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana, cedendo espaço, em larga margem, aos mercados. Nesse sentido, as regras de concorrência acabariam por determinar a vida e o comportamento dos seres humanos. De toda sorte, como prega o próprio doutrinador em outro texto, ao discorrer sobre a realidade do Direito Internacional Privado, é preciso que os Estados busquem, em sua integração, para uma crescente unificação do Direito, a conservação da identidade cultural das pessoas, para proteger e garantir a sua personalidade individual. Em suma, segundo Erik Jayme, o Direito Internacional Privado deve levar em consideração, baseado em critérios de proximidade, as diferenças culturais incorporadas aos respectivos ordenamentos jurídicos, prestando-se a se tornar também um direito fundamental ligado à personalidade dos cidadãos. Nesse contexto, surge a proteção dos direitos dos consumidores, fazendo um cabo de guerra contra a excessiva proteção mercadológica (TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assunção, 2020, pg. 39).

Como não mencionar, no âmbito da abordagem de novos direitos, a importante ascendência do discurso feminista e da presença da mulher na seara prática jurídica. Em seu livro sobre processo penal feminista, Soraia da Rosa Mendes aborda os diversos temas que envolvem a mulher como sujeito falante (e não falada) e estuda assunto de maneira histórica, cirúrgica e crítica:

O poder tem o específico efeito de produzir desigualdades consistentes tanto nas relações de assimetria de poder/dever, quanto no não reconhecimento das identidades. E a igualdade – ou melhor, seria dizer a desigualdade – para as mulheres é uma questão que cruza a história, de um modo bem especial no campo jurídico, no qual o lugar reservado a nós sempre foi preferencialmente o "canto" destinado ao banco das réis. No século XIX, o exercício da advocacia por mulheres, por exemplo, foi motivo de grande agitação no restrito círculo europeu. Justificando-se a exclusão da mulher deste espaço público com argumentos retóricos que iam desde a "*pudicitia*" (modéstia ou virtude sexual), a capacidade de sedução das mulheres, que colocariam os juízes "em risco", até ao descontrole

feminino que nenhum magistrado seria capaz de conter.

Veja-se, ainda, que um tema muito relevante foi o estatuto da pessoa com deficiência, que trouxe uma correção hermenêutica no que tange à tutela da pessoa com deficiência. A lei consagrou a capacidade plena dos indivíduos deficientes, estabelecendo que os absolutamente incapazes são apenas os menores de 16 anos, o que trouxe inúmeras questões práticas para a vida dessas pessoas dentro da sociedade e perante os demais com os quais convive. Nesse ínterim, Vitor Almeida:

Nessa ótica, a capacidade civil é a liberdade de ser do indivíduo no mundo jurídico, que, portanto, deve-se voltar à proteção e emancipação das pessoas com deficiência. A dignidade humana como autodeterminação é que justifica o fim do discriminatório e excludente regime das incapacidades, que sacrificava o livre agir das pessoas com limitações intelectuais ou psíquicas, relegando o controle de suas vidas a um curador nomeado para tanto, que sequer era obrigado a buscar o melhor interesse do curatelado ou reconstruir os desejos e preferências revelados ao longo da vida, no caso em que a deficiência tenha sido adquirida (2019, pg.187).

Desses importantes, mas não exaurientes temas dentro do âmbito jurídico, é possível perceber a implicância prática da interpretação no progresso de uma sociedade, observando-se os ditames da Constituição Federal.

É certo que muitas vezes o progresso e a atividade interpretativa não são elaborados e aplicados de maneira pacífica, o que resulta na necessidade de intervenção judicial pontual para que, em tese, seja cumprida a vontade do legislador em cotejo com os valores de uma sociedade progressiva.

Curioso destacar que não só o Judiciário vem resolvendo pontualmente questões polêmicas: o Congresso Nacional passa a exercer uma atividade legiferante enfrentadora de decisões judiciais, como se verá adiante.

#### **4. O papel do ativismo judicial e ativismo congressional**

Como um sistema complexo de regras e princípios, é preciso que a interpretação jurídica tenha arrimo em um Estado Democrático de Direitos, para que a sociedade confie nas significações dadas pelas instituições estabelecidas. Ocorre que, como já analisado, a atividade interpretativa é influenciada por fatores e valores diversos, motivo pelo qual é possível encontrar diferentes formas de iniciá-la, desenvolvê-la e limitá-la.

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino trazem uma importante classificação destacada por J. J. Gomes Canotilho nos Estados Unidos, dentro da teoria da interpretação



jurídica, a qual envolve o papel do juiz na atividade interpretativa sob dois aspectos conflitantes: um defendendo o caráter limitado ao captar o sentido das normas, e outro endossa uma atitude mais ampla, invocando e aplicando valores e princípios substantivos. Tratam-se das correntes interpretativistas e não interpretativistas. Veja-se:

As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo - segundo o qual a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite-, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Enfim, para os interpretativistas, o controle judicial dos atos legislativos tem dois limites claros: o da própria Constituição escrita e o da vontade do poder político democrático. As correntes não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos - princípios da liberdade e da justiça - contra atos da responsabilidade do Legislativo em desconformidade com o projeto da Constituição. Deve-se, portanto, apelar para os valores substantivos - justiça, igualdade, liberdade - e não apenas ou prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa (2017, pg. 65).

Trazendo o debate para seara pátria, podemos observar um termo muito presente no debate jurídico atual: o ativismo judicial. Trata-se de uma conduta progressista, a qual faz com que o Poder Judiciário atue ativamente na sociedade, não se limitando na mera obediência aos literais ditames legais. O ativismo vai além, busca sentidos e valores importantes para uma determinada sociedade, protagonizando, de fato, a consecução dos direitos consagrados pelo constituinte. Segundo Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Viana Alves Ferreira (2016, pg. 567, tomo II):

Há quase consenso em que a função por desempenhada pelos juízes não pode mais restringir-se às rígidas definições da clássica tripartição de Poderes concebida por MONTESQUIEU, para quem a atuação dos juízes não deveria ir além da mera repetição do direito ("boca da lei"). Todavia, hoje se discute se o judiciário deve assumir maior protagonismo na relação institucional com os demais Poderes, rejeitando a tradicional posição de mero espectador ou executor das políticas públicas elaboradas pelo Legislativo e pelo

Executivo, ou se deve autoconter-se em respeito aos limites clássicos dos princípios da separação e da independência entre as funções estatais.

Por outro lado também temos, como já relatado em alguns julgados, a posição de autocontenção, a qual defende uma atitude contida do Poder Judiciário que, de maneira conservadora, endossa um ideal restritivo, de não intervenção, atuando em estrita obediência ao espaço expressamente determinado constitucionalmente. Citando o Ministro Barroso, Bernardes e Ferreira (2016, pg. 568):

Já a autocontenção é a postura oposta ao ativismo. Para BARROSO, trata-se da "conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas".

Muito além do debate teórico a respeito dos limites da interpretação jurídica, há um efeito prático sentido pela sociedade. Uma posição mais ativa do Poder Judiciário faz com que ele seja, de fato, a última palavra para questões não resolvidas em outros âmbitos.

Veja-se que por vezes, inclusive, o Judiciário passa a ser instado para resolver questões afetas aos outros poderes, em políticas públicas, assuntos partidários internos entre outros. Observa-se a seguir algumas influências práticas das decisões do Supremo Tribunal Federal sob aspecto do ativismo judicial:

No Brasil, mesmo após a Constituição de 1988, o STF vinha adotando boa dose de autocontenção no trato de assuntos que envolviam a atuação dos demais Poderes. Postura que explicava, por exemplo, o rígido apego a dogmas separatistas de Poderes, mesmo nos casos de omissão inconstitucional reconhecida em mandados de injunção (MI 107/DF, Plenário). Mas essa postura cuidadosa não impediu posições jurisprudenciais avançadas- e inimagináveis nos países considerados mais "desenvolvidos" institucionalmente - como o próprio avanço pretoriano dos institutos do controle judicial de constitucionalidade (tanto o concreto quanto o abstrato), cujo alcance tornou possível fiscalizar não só certos atos interna corporis de outros Poderes, como até emendas constitucionais, inclusive durante o processo legislativo. Especialmente nos últimos anos,

contudo, sob aplausos de parte da doutrina, a nova composição do STF incorre em elevadíssimo grau de ativismo judicial. Exemplo são as várias decisões polêmicas proferidas pela Corte em tempos recentes, tais como: (a) a confirmação da tese que ampliou os casos de perda de mandato parlamentar às hipóteses de infidelidade partidária (MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF, Plenário); (b) a virada de jurisprudência acerca dos efeitos decisórios do mandado de injunção, aceitando-se a possibilidade de o judiciário regulamentar provisoriamente o direito fundamental violado pela omissão do Poder Público (MI 670/DF, MI 708/DF e MI 712/DF, Plenário); (c) a atribuição jurisprudencial de status supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos (RE 466.343/SP, Plenário); (d) as tentativas de atribuir (d.1) efeitos vinculantes às razões determinantes das decisões de mérito proferidas no controle abstrato de constitucionalidade (Rei 1.987/DF, superada no AgRg na Rei 2.475/MG, todos do Plenário); e (d.2) efeitos erga omnes a decisões proferidas no controle concreto de constitucionalidade (votos dos Ministro GILMAR MENDES e EROS GRAU na Rei 4-335/AC); (e) a edição de súmulas vinculantes tendo por objeto - e não por mero parâmetro - a própria Constituição Federal, tal como a Súmula Vinculante n. 11, pela qual a Corte praticamente "regulamentou" o uso de algemas; e (f) o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a despeito da redação sectária do art. 226, § 3º, da Constituição (ADPF 132/DF, Plenário) (BERNARDES, FERREIRA, 2016, pg. 570).

A questão do ativismo judicial também gravita na discussão a respeito da transformação do Poder Judiciário em uma arena de discussão e consecução de todo e qualquer direito. Dessa maneira, a consequência é levar para o estado-juiz assuntos mezinhos e cotidianos que deveriam ser resolvidas na alçada do convívio social. É exatamente o que discorre Carlos de Alexandre Azevedo Campos (2020, pg. 93):

É fato que quando uma corte constitucional ou suprema decide muito e sobre muitas coisas, relevantes ou pouco importantes, ela acaba tornando-se personagem especial da vida cotidiana da respectiva sociedade. Nesses casos, das decisões mais determinantes até as mais rotineiras, a corte constitucional se apresenta como arena fundamental para o debate sobre os temas.

O autor continua destacando que tal prática é evidente em países com constituições

abrangentes, que disciplinam praticamente quase toda vida política e social e, por isto, a constituição ubíqua acaba por tutelar grandes e pequenas questões (CAMPOS, 2020, pg. 93). Ainda segue:

Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas. Daí não haver como enxergá-las, de outra forma, senão como autênticos *atores políticos*, claro que, com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo. As cortes ativistas, diante da relevância e dos efeitos de suas decisões, não fazem apenas parte do sistema político de determinado país, mas são hoje verdadeiros centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante. Aliás, como as ricas experiências dos Capítulos I e II revelaram, as cortes podem servir para a tomada de decisões políticas não só em oposição ao governo, mas como aliada, legitimando as medidas da política majoritária ou decidindo em seu lugar questões que lhe causariam sérios custos políticos.

Uma das dimensões mais importantes do ativismo judicial é justamente a interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais. Isto porque, diante de uma gama de poderes implícitos, vagezas, determinações abertas, para que sejam garantidos os direitos fundamentais para a sociedade, o Poder Judiciário tem a possibilidade de exarar decisões que regulam a conduta do corpo social, adequando-as à melhor forma de consecução e materialização de direitos (CAMPOS, 2020, pg. 99).

Nesta atividade interpretativa ativista, a Constituição é encarada de forma dinâmica, adequando-se às circunstâncias sociais apresentadas e que estão em constante transformação. Nesses termos:

O Supremo Tribunal Federal tem avançado bastante, em particular, esta dimensão de ativismo judicial (Capítulo V, item 2, *infra*). Os juízes ativistas não se sentem restringidos nem mesmo presos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles se sentem muito à vontade com a plasticidade das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos e morais que esta característica normativa cria. Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante

meio de cumprir esse papel. Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente. Transformações sociais pedem mudanças constitucionais e os juízes ativistas assumem a condição de *arquitetos sociais*, sendo a interpretação criativa das constituições o instrumento legítimo desta atuação (CAMPOS, 2020, pg. 99).

É claro que não é prudente encarar o ativismo judicial como via única para solução dos problemas sociais, sob pena de subjugar o poder criador e aplicador da norma (Poderes Legislativo e Executivo) a meros coadjuvantes no arquétipo democrático.

Como já mencionado, quando temas chegam ao Poder Judiciário absolutamente deslocados e independentes da magnitude da questão, a decisão judicial passa a ser a única forma aparentemente legítima e respeitável de solução de conflitos, por menor ou maior que seja o direito envolvido. Em um regime democrático, é possível sentir as consequências de um judiciário extremamente ativo, que atua em substitutividade muito mais do que o esperado (CAMPOS, 2020, pg. 99).

É certo que o tema é de alta complexidade e exige análise de casos concretos, não bastando meras conjecturas para fundamentar a aceitação ou rejeição de um modelo ativista. Observa-se, então, que algumas decisões judiciais estão sendo alvo de uma reação legislativa, de forma que o Poder Legislativo, diante de um provimento confrontante com os ideais dos representantes do povo, edita normas que revertem frontalmente a decisão judicial anteriormente encampada. Trata-se do efeito *backlash*, explicado didaticamente por Lenza, citando o Ministro Luiz Fux (2020, pg.79)

Conforme observa Fux, a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades”.

O fenômeno acima descrito, também conhecido como reação do Poder Legislativo ou ativismo congressional, foi possível de ser observado no caso da vaquejada. O caso envolveu uma decisão do Supremo Tribunal Federal que posteriormente foi revertida pelo

## Poder Legislativo.

Na ADI 4983/CE, portanto, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2016, foi decidido pela inconstitucionalidade da lei estadual que regulamenta a atividade da vaquejada, pois os animais envolvidos nesta prática sofriam tratamento cruel, razão pela qual haveria ofensa ao art. 225 §1º VII da Constituição Federal. Contudo, na sequência, o Congresso editou uma nova lei seguida de uma emenda constitucional. Nas didáticas palavras de Márcio André Cavalcante (2019), é possível analisar a exata forma cronológica e específica do caso:

Pouco mais de um mês após esta decisão do STF acima explicada (ADI 4983/CE) o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.364/2016, prevendo que o Rodeio e a Vaquejada devem ser considerados como expressões artístico-culturais e manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial. Foi uma “reação” do Poder Legislativo à decisão do STF. A Lei nº 13.364/2016, acima mencionada, sozinha, não teria força jurídica suficiente para superar a decisão do STF. Isso porque, na visão do Supremo, a prática da vaquejada não era proibida por ausência de lei. Ao contrário, a Corte entendeu que, mesmo havendo lei regulamentando a atividade, a vaquejada era inconstitucional por violar o art. 225, § 1º, VII, da CF/88. Assim, essa Lei nº 13.364/2016 não ajudava muito os partidários da vaquejada e era certo que o STF iria manter a proibição. Ciente disso, o Congresso Nacional decidiu alterar a própria Constituição, nela inserindo a previsão expressa de que são permitidas práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Foi uma tentativa de superação legislativa da jurisprudência (reversão jurisprudencial), uma manifestação de ativismo congressional.

Neste ínterim, é possível citar o julgamento que concluiu pela criminalização da homofobia, a qual enquadrava as condutas homofóbicas na lei de racismo (Lei 7.716 de 1989) enquanto o congresso nacional não editava lei específica sobre o tema (ADO 26, STF, 2019, on-line).

Apesar de a decisão ter alta relevância no cenário social, há certo perigo na análise técnica do caso. Isto porque o Supremo Tribunal Federal acabou por legislar positivamente, criando um crime, ofendendo-se, teoricamente, o princípio da legalidade penal, a qual dispõe que normas incriminadoras devem ser editadas mediante lei.

Muito embora a decisão da criminalização das condutas decorra de interpretação conforme à Constituição, “em face dos mandados



constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5.º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n. 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional”, parece-nos que estaria sendo criado um novo tipo penal e, por isso, a dificuldade de se sustentar, apesar da maioria formada de oito Ministros, a observância ao princípio da estrita legalidade penal já estudado (art. 5.º, XXXIX, CF/88). Essa nossa crítica deve ser mantida, mesmo que se esteja diante de interpretação conforme, pois, no caso, pensamos que o STF “legislou” criando um novo tipo penal. (LENZA, 2020, pg. 824).

Assim, nota-se que o ativismo judicial, bem como a reversão jurisprudencial (ou ativismo congressional) são formas práticas nas quais o Poder Judiciário ou Legislativo interpretam as normas do ordenamento, tendo por base suas compreensões como instituições democráticas.

Veja-se que, em pouco tempo, uma decisão do Supremo Tribunal Federal foi revertida pela atividade inventiva dos representantes do povo, que entenderam por bem dar uma interpretação que atenda aos anseios culturais da sociedade, notadamente pela importância da atividade em determinadas regiões do país. Já o Tribunal, por fundamento, teve o bem estar animal como arrimo para sua decisão, valor fundamental (proteção ao meio ambiente) encampado em um capítulo exclusivo da Constituição Federal de 1988.

A atividade interpretativa, mesmo fundamentada e legitimada, não possui caminho certo ou errado, e isso retorna às discussões a respeito da importância de uma sociedade aberta de intérpretes (Peter Häberle), na qual há um diálogo de troca de experiências.

Peter Häberle defende uma democratização da hermenêutica constitucional, propondo, em sua tese fundamental, para essa finalidade, que no processo de interpretação constitucional estejam potencialmente ligados todos os órgãos estatais, as potências públicas, todos os cidadãos e grupos sociais, não se estabelecendo assim um número limite aos participantes do processo hermenêutico, sendo estes as forças produtivas de interpretação, sem as quais seria impossível uma interpretação democrática da Constituição. De acordo com o autor, a hermenêutica da Lei Maior é muito atribuída apenas a uma “sociedade fechada”, ao passo que concentra-se o seu campo de análise e investigação na interpretação de juízes e nos procedimentos formalizados. Häberle (1997, 13) afirma que “quem

vive a norma acaba por interpretá-la, ou pelo menos co-interpretá-la”, dessa forma, toda atualização do texto constitucional pela ação de qualquer indivíduo constitui, ainda que em parte, uma interpretação antecipada. (Ana Karina Campos, 2017).

Em um país multicultural, a questão mais difícil da atividade legislativa ou judicial é o atendimento equânime de uma sociedade multifacetada, que vem progressivamente participando mais da vida política, exigindo respostas rápidas e eficientes, em um exercício legítimo da cidadania, na busca pela justiça social, e por uma convivência igualitária.

Assim, como bem fundamenta Haberle, ninguém melhor para exercer a atividade interpretativa do que aqueles que vivem a norma, aqueles que sentem os efeitos práticos de todo arquétipo normativo institucionalizado.

### **Considerações Finais**

Conquanto seja utópico imaginar uma interpretação ideal e perfeita para uma sociedade multifacetada, a verdade é que a evolução democrática legitimou diversos discursos, multiplicou o debate, e deu origem a uma sociedade complexa, com exigências tais quais.

Neste aspecto, é possível perceber o crescente interesse geral em assuntos sensíveis (meio ambiente, tecnologia, finanças, políticas públicas, saúde, etc.), na medida em que posições importantes passam a ser conquistadas no arranjo político e social. O debate se legitima na medida em que os integrantes da vida social, por sentirem em suas vidas a incidência normativa, também participam do discurso (Haberle).

Isso demonstra a relevância da interpretação em cotejo com a essência da norma constitucional que, por muitas vezes, assume uma faceta polissêmica e destoada da realidade, haja vista a promulgação da Constituição Federal datada de 1988 e os ideais presentes na época. Portanto, exige-se uma compreensão ampla, de acordo com os fatores reais existentes e relevantes para a sociedade atual, resultando em mudanças de entendimentos enraizados na sociedade e nas instituições.

Indissociável do progresso humanitário está a interpretação, pois é ela que traduz os significados e os sentidos da vida real, transformando a linguagem em um dos poderes mais transformadores da atualidade.

É certo que o progresso social vem acoplado com diversas dificuldades. Como seria possível legitimar a mesma decisão, a mesma aplicabilidade e a mesma norma para um país tão multifacetado. O importante é garantir a representatividade em todas as órbitas dos poderes constituídos, para que o diálogo seja fidedigno às especificidades da vida. É preciso conhecer a realidade local, de forma que se legitime um discurso inclusivo e

adequado.

A interpretação não é estanque, não é una e não é efetivada por uma única pessoa ou por um grupo de pessoas. A atividade interpretativa deve ser realizada por toda sociedade, cada qual em seu âmbito de atuação, em sentido micro e macro social, pois os poderes institucionalizados não detêm da sensibilidade da vida em sociedade, afinal, são representantes abstratos.

Portanto, a presença do cidadão no debate político, como destinatário protagonista do arranjo democrático, é de fulcral relevância para o progresso e para a consecução dos valores constitucionais e democráticos.

## Referências

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental – sinopses para concursos**. Salvador: JusPodivm, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Editora Saraiva, 1996.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. **Direito Constitucional. Tomo I. Teoria da Constituição**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. DJ: 06/10/2020.

Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 670.422**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 15/08/2018. DJ: 10/03/2020. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>>.

Acesso em 17 jun. 2021.

CAMPOS, Ana Karina. **Interpretação constitucional. A importância de uma sociedade aberta de intérpretes para a consolidação e efetividade da democracia no Brasil contemporâneo**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/59017/interpretacao->

constitucional>. Acesso em 14 jun. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André. **Lei 13.873/2019: altera a Lei 13.364/2016 para reforçar que as atividades de rodeio, vaquejada e laço são bens de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro**. Disponível em: <  
<https://www.dizerodireito.com.br/2019/09/lei-138732019-altera-lei-133642016-para.html>> Acesso em: 13 jun. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

## **A IMPORTÂNCIA DO EXÉRCITO BRASILEIRO PARA A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA**

**FERNANDO SILVA NASCIMENTO:**  
especialização em direito e processo administrativo da Universidade Federal do Tocantins. Assessor jurídico do Exército brasileiro

**RESUMO:** O presente estudo buscou demonstrar acerca da possibilidade de emprego efetivo das forças armadas na segurança pública. No Brasil, o tema segurança pública vem sendo cada vez mais explorado por todos os setores da sociedade, certamente é de total importância para a instabilidade de qualquer governo, como também para a sociedade. Nesse cenário, é necessário fortalecer o controle da atividade policial tendo em vista que o Estado detém o monopólio do uso da força para manter a ordem e a preservação de direitos e bens. E para a realização da atividade de segurança pública, o faz por meio das polícias. É certo que este monopólio deve seguir rigorosamente os ditames da legalidade, o que faz com que seja objeto de controles internos e externos constantes, principalmente para fiscalização e repressão de desvios no exercício da atividade policial, uma vez que esta atividade às vezes coloca em risco os direitos constitucionais individuais. A segurança é um direito inviolável ao brasileiro e estrangeiros residentes no país, institucionalizada pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º. No estudo se verificou que com a crescente criminalidade, as forças de segurança pública preceituadas no Artigo 144 da Constituição Federal, por si só restam como insuficientes para fazer frente a essa realidade. Nesse contexto, o Exército Brasileiro, demonstra ser cada vez mais indispensável para combater o crime. Com isso, o presente estudo busca demonstrar a importância do Exército Brasileiro na salvaguarda do Estado Democrático de Direito, na proteção da segurança individual e coletiva dos brasileiros.

**Palavras-Chave:** Exército. Segurança Pública. Defesa Social.

**ABSTRACT:** The present study sought to demonstrate about the possibility of effective employment of the armed forces in public security. In Brazil, the issue of public security has been increasingly explored by all sectors of society, and it is certainly of total importance for the instability of any government, as well as for society. In this scenario, it is necessary to strengthen the control of police activity, considering that the State has a monopoly on the use of force to maintain order and the preservation of rights and assets. And to carry out the public safety activity, it does so through the police. It is true that this monopoly

must strictly follow the dictates of legality, which makes it the object of constant internal and external controls, mainly for inspection and repression of deviations in the exercise of police activity, since this activity to it sometimes jeopardizes individual constitutional rights. Security is an inviolable right for Brazilians and foreigners residing in the country, institutionalized by the Federal Constitution in its article 5th. In the study, it was found that with the increasing criminality, the public security forces provided for in Article 144 of the Federal Constitution, by themselves, remain insufficient to face this reality. In this context, the Brazilian Army proves to be increasingly indispensable to fight crime. Thus, this study seeks to demonstrate the importance of the Brazilian Army in safeguarding the Democratic Rule of Law, in protecting the individual and collective security of Brazilians.

**Keywords:** Army. Public security. Social Defense.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca esmiuçar a importância do Exército Brasileiro para a segurança pública brasileira. De uma maneira mais específica, o estudo pretende: Explicar os aspectos legais do Exército Brasileiro; Ressaltar as forças policiais existentes no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque na atribuição de cada uma delas; Explicitar exemplos relacionados à salvaguarda da segurança pública pelo Exército Brasileiro, sendo esta uma de suas atribuições subsidiárias.

Metodologicamente, é sabido que existem diversos tipos de métodos científicos, que são aplicados na forma da linha do procedimento da pesquisa a ser realizada, tais como: indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e dialético. O método a ser utilizado no trabalho monográfico será, sem descartar outras possibilidades, o dedutivo, partindo-se de uma situação já existente para uma particularidade específica.

O Estado no desempenho de suas funções nas três esferas executivo, judiciário e legislativo, através da administração pública, impõe o interesse coletivo sobre o interesse individual. Conceituar o termo nos remete a compreender que o poder de polícia é a atividade do Estado em limitar os direitos individuais, portanto em benefício do coletivo, de forma a interferir na dimensão do direito individual (SILVA JÚNIOR, 2008).

O Legislativo transfere a missão ao Executivo, através dos ordenamentos, onde a Administração seria responsável pela regulamentação das leis e sua aplicação mediante ordens, licenças, autorizações e notificações, portanto de caráter repressiva e de certa forma preventiva. Passando a discorrer mais próximo da questão segurança pública ligada



ao trabalho da polícia, temos o personagem estatal da polícia judiciária que na aplicação das normas legais, incide sobre pessoas (MOREIRA NETO, 2001).

Faz isso com seu aparato das polícias militar e civil entre outras. O poder de polícia vem para garantir o bem-estar geral da coletividade, embasado nas sanções legais busca impedir o comportamento antissocial e as práticas negativas à coletividade.

Assim, ao contrário do que se pode imaginar a princípio, é decorrente dos próprios misteres estatais, não sendo exclusivo das forças policiais. Qualquer servidor, seja da vigilância sanitária, da fiscalização de transporte, do corpo de bombeiros, ao executar, nos termos da lei, condutas de fiscalização e controle estarão, geralmente, exercendo o chamado poder de polícia. Ressalta-se que esse poder também diz respeito à atividade policial, desenvolvida pela polícia administrativa e a polícia judiciária.

## **2 A VIOLÊNCIA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E A FALÊNCIA DO ATUAL MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Além do desafio de compreender as dimensões da violência, sobretudo a sua origem na marginalização gerada pelas desigualdades sociais, a sociedade contemporânea tem o desafio de garantir que as políticas que persigam a redução da violência urbana, sejam justas e não seletivas, tornando o Estado mais um elemento de repressão contra os seres humanos que já são castigados pelas mazelas sociais.

E sendo os organismos policiais, os principais instrumentos no combate direto à criminalidade (SILVA, 2012), as atenções sobre a institucionalização da violência contra os mais pobres, se voltam para esses órgãos policiais.

Vale ressaltar que a polícia isoladamente não é autossuficiente para essa missão de combater a violência, sendo que o Sistema de Segurança Pública deve ser concebido de forma ampla, abrangendo inclusive, outros setores como a justiça, sistema prisional, Ministério Público e não menos importante, a comunidade.

Nas ações da polícia, deverão prevalecer os princípios de proteção, apoio e respeito aos cidadãos e a preservação dos direitos humanos, pois são direitos indisponíveis, estando inclusive, acima da soberania dos estados nacionais (BARATTA, 2011).

Curiosamente, ocorre que por vezes, setores da própria população se manifestam desfavoráveis às políticas incorporadoras dos direitos humanos aos autores de delitos, pois

numa ilusão, acreditam estar a salvo do desrespeito destes direitos. Para que a polícia seja empregada como instrumento de garantia da cidadania e não apenas como instrumento de luta contra o crime, é necessário retirar-lhe o papel acessório atribuído pela sociedade para canalizar a sua ira contra a marginalidade.

Contudo, é dificultoso o alcance deste objetivo, considerando que depende não apenas da polícia, mas também da vontade e compreensão de toda a sociedade para a aplicação e vivência de uma verdadeira democracia. Como consequência disso, a realidade constatada da institucionalização da violência urbana, as vítimas dos confrontos policiais são quase em sua totalidade, pessoas de baixa renda, baixa escolaridade, negros e moradores dos bairros com menos oferta de serviços públicos e infraestrutura urbana.

Ao comparar as ocorrências de violência envolvendo forças policiais, com países que investem no trabalho de polícia científica, a exemplo dos Estados Unidos, vislumbra-se o maior número de casos desvendados, o menor índice de violência policial e o maior número de condenações, pois quando submetidos a julgamento, os trabalhos investigativos, amparados por provas técnicas, possibilitam ao juiz da causa sentenciar com maior tranquilidade.

No Brasil, além da insuficiência de estrutura e recursos pessoais nas áreas científicas das polícias, há outro empecilho enfrentado na manutenção da segurança pública que é falta de uma cultura de integração entre as polícias, sendo que estas raramente compartilham informações e suas bases de dados. Agem como se as informações fossem exclusivas de determinada instituição, muitas vezes fazendo o possível para a ocultar das demais (PALLAMOLLA, 2017).

Com isso é factível deduzir que quanto menos técnica seja a polícia, mais violenta será, pois é bem verdade que muitas vezes esta, agindo sob pressão popular, acaba por usar meios condenáveis para a elucidação de crimes, que não raras vezes acabam por comprometer o resultado do trabalho investigativo.

A sociedade brasileira de forma gradativa sofre com a violência urbana. A precária presença do poder público nas comunidades, a falência do sistema penal e as desigualdades sociais agravam este contexto fático, o qual não é facilmente revertido com apenas com a existência das forças policiais (BEZERRA, 2006).

Nesse cenário, é necessário fortalecer o controle da atividade policial tendo em vista que o Estado detém o monopólio do uso da força para manter a ordem e a preservação de direitos e bens. E para a realização da atividade de segurança pública, o faz por meio

das polícias. É certo que este monopólio deve seguir rigorosamente os ditames da legalidade, o que faz com que seja objeto de controles internos e externos constantes, principalmente para fiscalização e repressão de desvios no exercício da atividade policial, uma vez que esta atividade às vezes coloca em risco os direitos constitucionais individuais.

Wilson Odirley Valla, ensina que controle da atividade policial é o “acompanhamento das ações e operações da Corporação por todos os que exercem comando, de forma a assegurar o recebimento, a compreensão e o cumprimento das decisões do escalão superior pelo órgão considerado, possibilitando, ainda, identificar e corrigir desvios” (VALLA, 2014, p. 54).

A própria Constituição Federal, em seu inciso VII, do artigo 129 estabelece que o controle externo da atividade policial é uma das funções institucionais do Ministério Público. Portanto, o que não falta são instituições destinadas à promoção do controle externo e interno das Polícias, sendo que falta ainda a necessária coordenação e interação entre os diversos órgãos para uma melhor efetividade da atividade de segurança pública.

O controle da atividade policial, equacionando "segurança ou controle social versus liberdade individual" tem se apresentado como um dos problemas cruciais, não só nos países em desenvolvimento, com também naqueles que já atingiram maior grau de desenvolvimento econômico e social.

Pressionados pelo clamor público que exige solução para os problemas de segurança, principalmente nos crimes praticados mediante violência contra a pessoa, membros de organismos policiais têm recorrido a práticas condenáveis, com o intuito de dar uma resposta rápida à sociedade. Um dos principais problemas enfrentados por instituições policiais de todo o mundo tem sido a corrupção de seus agentes. Fazendo uso das prerrogativas de policiais, alguns integrantes passam a receber dinheiro de criminosos para deixar ocorrer determinados tipos de crimes. Esses tipos de crimes estão intimamente ligados ao exercício da atividade policial (SILVA, 2012).

Membros de organizações policiais juntam-se entre si ou com pessoas estranhas à corporação para o cometimento de crimes. Muito embora, na maioria dos casos, esses indivíduos quando da prática de atos criminosos, não façam uso da estrutura policial, mas devido ao fato de pertencerem a ela, denotam profundo desgaste perante a opinião pública.

A apuração de crimes cometidos por policiais merece especial atenção, face serem pessoas preparadas e conhecedoras dos métodos investigativos, e justamente por essa razão, usam do conhecimento para evitar deixar pistas que indiquem a autoria; quando identificados, beneficiam-se do silêncio de vítimas e testemunhas, face ao temor de represálias. Adiante, restará a conclusão de que todos os métodos de controle da atividade policial (internos e externos) apresentam determinadas deficiências que acabam por comprometer sua finalidade (SANTOS, 2018).

O descontrole e a falta de entrosamento entre os diversos órgãos controladores fazem com que policiais desvirtuados da efetiva missão, cometam irregularidades e somente são flagrados e excluídos da corporação após longos anos de desvios e os discursos dos políticos, de uma forma geral, sempre buscam convencer de que as medidas de segurança buscam a paz. Todos os grandes gênios militares do mundo e os conquistadores do passado, de Júlio Cezar a Napoleão, matavam em nome da paz.

O Brasil, por sua vez, não permaneceu adormecido ao impetuoso avanço da criminalidade organizada ao longo de décadas. De modo determinante, nosso país contribuiu para criar um ambiente fecundo à reprodução da violência. Com base na credence de que o rigor das penas e de sua execução poderia intimidar o delinquente, foram criadas diversas leis. Mesmo assim, o país assistiu a despontar do PCC (Primeiro Comando da Capital) e outras facções criminosas dentro de estabelecimentos prisionais. Nunca se prendeu tanto e nem tantos presídios foram construídos.

Apesar disso, os índices de criminalidade ascendem sem descanso. Crimes ganham repercussão. Quanto à ação a ser perpetrada, muitos acreditam que é preciso endurecer, acreditando que penas mais duras tolherá eficazmente a delinquência. Mas sabe-se que a resposta para a violência não é tão simples. É preciso primeiro descobrir as causas da violência (SILVA, 2012).

Pedro Franco de Campos, ex-Secretário de Segurança Pública em São Paulo, citado na obra de Valla (2014) relata que as causas da violência urbana estão, entre outras, no “desordenamento das cidades grandes e a conseqüente falta de saneamento, habitação, escolas e hospitais” e mais “que o desemprego e a desagregação familiar ajudam a engrossar o caldo da violência”.

Essa correlação da causa da violência e a falta de um crescimento ordenando das cidades afeta frontalmente as pessoas menos abastadas pois elas residem justamente nas regiões onde o poder público envida menos esforços para garantir a presença de

infraestrutura que interage com a prevenção da violência como iluminação pública e equipamentos de esporte, lazer e convivência social.

Dezoito dos vinte municípios com maior taxa de homicídios se localizam nas regiões Norte e Nordeste, foco de guerra entre facções. As dez cidades com mais homicídios por 100.000 habitantes, conforme o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) são: 1- Maracanaú (CE) – 145,7; 2- Altamira (PA) – 133,7; 3- São Gonçalo do Amarante (RN) – 131,2; 4- Simões Filho (BA) – 119,9; 5- Queimados (RJ) – 115,6; 6- Alvorada (RS) – 112,6; 7- Marituba (PA) – 100,1; 8- Porto Seguro (BA) – 101,6; 9- Lauro de Freitas (BA) – 99,0; 10- Camaçari (BA) – 98,1 (IPEA, 2019) .

Isto posto, pode-se afirmar que o Brasil, mesmo não estando em guerra, possui indicadores de morte violenta semelhantes aos dos países que estão envolvidos em conflitos armados.

Nesse contexto, ressalta-se que a violência caracterizada pelo grande número de homicídios é, inicialmente, uma questão racial. Explica-se: Os altos e crescentes índices de homicídios contra a população negra, em especial contra jovens negros, têm sido uma pauta central das organizações do movimento negro nas últimas cinco décadas.

O Mapa Violência de 2014 contabiliza os homicídios de 2012: cerca de 30 mil jovens de 15 a 29 anos são assassinados por ano no Brasil, e 77% deles são negros (pretos e pardos), sendo a taxa de homicídios entre jovens negros quase quatro vezes maior do que a verificada entre os brancos. Esses dados iniciais podem ser racionalizados em três interfaces: vulnerabilidade social, racismo institucional e criminalização.

Em 2018 houve quase 58 mil homicídios no Brasil. Nesse contexto, a taxa é de 27,8 mortes para cada 100 mil habitantes. Esse era menor nível de homicídios naqueles últimos quatros anos. A redução em relação ao ano anterior foi de 12%. Em 2020, no entanto, notou-se nova crescente, em alguns estados, em especial durante a pandemia do Corona Vírus. Entre os homens, 77% foram mortos por arma de fogo, enquanto a taxa das mulheres é de quase 54%. O risco de um homem negro ser assassinado é de assustadores 74% maior, se comparado com pessoas de outras raças, e para as mulheres negras a taxa é próximo a 65%.

Na última década, a taxa de homicídio de mulheres negras cresceu 12%, enquanto a taxa de homicídio de não negras caiu quase 12% no mesmo período, com isso aumenta-se o abismo entre os dois grupos estatísticos analisados. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2020).

Diante dos dados sobre a violência no Brasil e estudos realizados por especialistas, é possível afirmar que os índices de violência no Brasil estão acima do nível tolerância dos órgãos internacionais. O número de mortes no Brasil de 2008 a 2011 chegou a ser maior que a soma de mortes dos 12 maiores conflitos armados no mundo, de 2004 a 2007.

As diferenças de índices entre as Unidades da Federação mostraram que, nesta escala de abordagem, o fator econômico não apresentou significância na correlação com a violência, como visto na comparação dos dados entre o Estado de São Paulo e Piauí.

As taxas de homicídios no Brasil pouco variaram desde 1997 até 2013, tendo em vista a redução a níveis toleráveis estamos longe de alcançá-los. A grande dificuldade em se pôr um fim a essa problemática é a grandeza de suas causas. Existe um ciclo vicioso que envolve a desigualdade social, crimes, violência, ineficiência institucional e impunidade.

Essa realidade estatística não é fato novo. Isso porque ainda em 2000, 45.233 brasileiros foram assassinados, a taxa nacional de 27 homicídios por 100 mil habitantes, o que coloca o Brasil entre os países mais violentos do mundo.

Para os jovens em áreas urbanas pobres, a taxa é de 230 mortes por 100.000 habitantes, o que quase equivale a um genocídio. A sociedade civil tem vindo a responder cada vez mais a essa violência com demonstrações, projetos, programas e iniciativas locais como formas de combater o problema e promover a segurança pública (SOUZA, 2016).

### **3 O IMPORTÂNCIA DO EXÉRCITO BRASILEIRO PARA A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA**

No Brasil, a discussão sobre os limites da segurança pública e da atuação do exército denota do fato de que a Defesa Social é muito mais ampla do que a Segurança Pública. Enquanto está se preocupa com a ordem pública, aquela tem uma missão muito mais nobre que é a paz social, e essa abrange a intervenção do Estado não apenas para evitar conflitos individuais, mas também socorrer em situações de calamidades, desordens humanitárias, catástrofes. Em tais casos, as forças armadas são fundamentais, em especial por conta de sua logística e capilaridade em todo o território nacional.

Ora, nesse contexto, se verifica que o Executivo necessita não apenas do poder de polícia, mas também de outros setores, como defesa civil, assistência social, entre outros, sendo que tais incumbências poderão ser desempenhadas pelo exército.

Historicamente há uma nítida associação entre exército e polícia. Contextualizando, a concepção atual de polícia surgiu na Roma Antiga, quando teria sido constituída uma



estrutura composta por soldados que, além de outras atribuições, entre as quais a de salvar vidas em incêndios, também desempenhava vigilância noturna com o escopo de evitar a prática de ilícitos penais, como roubos. Por outro lado, também em Roma, mas no tempo do Império, foram encarregados funcionários para que levassem as primeiras informações de ilícitos empreendidos, aos juízes (TOURINHO FILHO, 2009).

O Estado detém o monopólio do uso das forças armadas para manter a ordem e a preservação de direitos e bens. E para a realização da atividade de segurança pública, o faz através das polícias. É certo que este monopólio deve seguir rigorosamente os ditames da legalidade, o que faz com que seja objeto de controles internos e externos constantes, principalmente para fiscalização e repressão de desvios no exercício da atividade policial, uma vez que esta atividade às vezes coloca em risco os direitos constitucionais individuais (CÂMARA, 2014).

Wilson Odirley Valla, Coronel Reformado da Polícia Militar do Paraná, em sua obra *Doutrina de Emprego de Polícia Militar e Bombeiro Militar*, ensina que controle da atividade policial é o "acompanhamento das ações e operações da Corporação por todos os que exercem comando, de forma a assegurar o recebimento, a compreensão e o cumprimento das decisões do escalão superior pelo órgão considerado, possibilitando, ainda, identificar e corrigir desvios" (VALLA, 2014, p. 54).

A própria Constituição Federal, em seu inciso VII, do artigo 129 estabelece que o controle externo da atividade policial é uma das funções institucionais do Ministério Público. Portanto, o que não falta são instituições destinadas à promoção do controle externo e interno das Polícias, sendo que falta ainda a necessária coordenação e interação entre os diversos órgãos para uma melhor efetividade da atividade de segurança pública.

O controle da atividade policial, equacionando "segurança ou controle social versus liberdade individual" tem se apresentado como um dos problemas cruciais, não só nos países em desenvolvimento, com também naqueles que já atingiram maior grau de desenvolvimento econômico e social.

Pressionados pelo clamor público que exige solução para os problemas de segurança, principalmente nos crimes praticados mediante violência contra a pessoa, membros de organismos policiais têm recorrido a práticas condenáveis, com o intuito de dar uma resposta rápida à sociedade.

Um dos principais problemas enfrentados por instituições policiais de todo o mundo tem sido a corrupção de seus agentes. Fazendo uso das prerrogativas de policiais, alguns integrantes passam a receber dinheiro de criminosos para deixar ocorrer determinados tipos de crimes. Esses tipos de crimes estão intimamente ligados ao exercício da atividade policial (SILVA, 2012).

Membros de organizações policiais, juntam-se entre si ou com pessoas estranhas à corporação para o cometimento de crimes. Muito embora, na maioria dos casos, esses indivíduos quando da prática de atos criminosos, não façam uso da estrutura policial, mas devido ao fato de a ela pertencerem, à infligem profundo desgaste perante a opinião pública (BATELLA, 2018).

A apuração de crimes cometidos por policiais merece especial atenção, face serem pessoas preparadas e conhecedoras dos métodos investigativos, e justamente por essa razão, usam do conhecimento para evitar deixar pistas que indiquem a autoria; quando identificados, beneficiam-se do silêncio de vítimas e testemunhas, face ao temor de represálias. Adiante, restará a conclusão que todos os métodos de controle da atividade policial (internos e externos) apresentam determinadas deficiências que acabam por comprometer sua finalidade (SANTOS, 2010).

Nesse contexto, o Exército adentra como uma força arma de inevitável proeminência na segurança pública, principalmente ante o grave descontrole da criminalidade e da violência, onde as forças policiais do estado encontram óbices para atuar, perdendo sua capacidade operativa de controlar a criminalidade e de oferecer segurança à população

Com isso, o Exército combate tanto o inimigo externo quanto o interno, agindo com o bojo de trabalhar em parceria com as forças constitucionais de segurança pública, de modo que sejam diminuídas as lacunas inerentes a tais forças de atuação, considerando o treinamento e atribuições de cada uma delas. Garantir a lei e a ordem significa assegurar o cumprimento da lei e a manutenção da ordem interna, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, após o reconhecimento formal da indisponibilidade, inexistência, insuficiência ou falência dos órgãos de segurança pública competentes para tal (CARVALHO, 2015).

A missão do exército norteia todas as suas atividades e estará sempre sendo orientada e condicionada por sua destinação constitucional, por leis complementares (LC) e por diretrizes do Presidente da República, sendo o principal fundamento da missão do Exército o previsto no *Caput* do art 142 da CF/88. Para cobrir a lacuna deixada pelo § 1º, do art 142, da CF/88, foi criada a Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999, que

dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, a partir da criação do Ministério da Defesa, adequando-se, portanto, à nova estrutura político-administrativa adotada pelo Governo Brasileiro no tocante à condução a sua Política de Defesa Nacional, na qual se buscou simultaneamente, a maior integração operacional entre as três forças singulares e a ampliação da sua subordinação ao poder civil. Esta Lei Complementar, por sua vez, veio a ser alterada, sofrendo acréscimo de alguns dispositivos, pela Lei Complementar n 117, de 02 de setembro de 2004 (SOUZA, 2012).

Ressalte-se ainda que, por ser uma ação que envolve o emprego de Força Armada, implica na utilização do Código Penal Militar, o que representa que, os delitos relacionados às atividades de Garantia da Lei e da Ordem serão considerados crimes militares. Fácil perceber tal situação, pois os crimes praticados neste período (observe-se que se trata dos crimes que tenham ligação com as operações), envolverão militares em atividade ou mesmo, serão praticados contra patrimônio sob a jurisdição militar, hipóteses previstas no Art 9º do Código Penal Militar e que caracterizam o fato como sendo crime propriamente militar (CASALI, 2016).

Ora, a missão do Exército é, juntamente com as demais Forças Armadas, defender a Pátria, garantir os Poderes Constitucionais, garantir a lei e a ordem, cooperar com o desenvolvimento nacional e com a defesa civil e participar de operações internacionais. Sob esse contexto jurídico de emprego, a competência legal – no que se refere ao trato com pessoas, bens e patrimônio particular – deverá ser propiciada pela atuação integrada da Força Terrestre com os órgãos de segurança pública e de justiça, federais e estaduais, de modo que sejam cumpridos os preceitos legais e processuais vigentes.

### **3 CONCLUSÃO**

Em sede de conclusão, se verifica que a sociedade brasileira enfrenta atualmente um de seus mais graves problemas sociais, a sensação de insegurança, onde o estado com seus órgãos de segurança pública mostra-se limitados diante do aumento do poder e da violência de pessoas ligados ao mundo do crime, fatos estes que fazem com que o Estado brasileiro procure alternativas, visando o controle e a redução da criminalidade, que põem em instabilidade o Brasil e sua população. Neste contexto, a possibilidade de emprego das forças armadas, em especial o Exército Brasileiro em conjunto com outros órgãos do poder público na proteção do cidadão se mostra um debate cada vez mais pertinente.

Nesse contexto, o presente estudo buscou demonstrar acerca da possibilidade de emprego efetivo das forças armadas na segurança pública. No Brasil, o tema segurança pública vem sendo cada vez mais explorado por todos os setores da sociedade, certamente

é de total importância para a instabilidade de qualquer governo, como também para a sociedade. A segurança é um direito inviolável ao brasileiro e estrangeiros residentes no país, institucionalizada pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º.

Portanto, o tema apresentado neste trabalho é de suma importância, pois pretende ao logo de seu desenvolvimento tornar mais visível a conjuntura atual em relação a segurança pública e subsidiar ideias para auxiliar as autoridades brasileiras a darem mais ênfase à questão de melhor proteção da segurança pública.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATELLA, Wagner Barbosa; DINIZ, Alexandre Magno Alves Diniz. **Análise espacial dos condicionantes da criminalidade violenta no Estado de Minas Gerais**. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/sn/v22n1/11.pdf>>. Acesso em 11 de abril de 2021.

BEZERRA, Angélica Gonçalves. **Quem cria a criminalidade é o criminoso?**. Trabalho de conclusão de curso (Serviço Social) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2006.

CÂMARA, Bartira Macedo Santos. **Defesa social: uma visão crítica**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

CARVALHO, José Murilo. **Forças Armadas e Política no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASALI, Cláudio Tavares. **O emprego da Força Terrestre em operações de garantia da lei e da ordem**. Rio de Janeiro, Quadrim. 2016.

GUIMARÃES, Gabriela Almeida. **O impacto da implementação do estatuto do desarmamento sobre a taxa de homicídios no Brasil**. Disponível em <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/10022>> Acesso em 11 de abril de 2021.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo. IBCCrim, 2017.

SANTOS, Carlos Gomes Sousa. **O perfil da violência contra crianças e adolescente, segundo registro dos conselhos tutelares: vítimas, agressores e manifestações de violência.** Ciência e Saúde Coletiva. 2018.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Polícia e Policiamento no Brasil: mudanças recentes e Tendências Futuras.** Boletim IBCCRIM, nº. 113, 2002.

SILVA, Maria Carmelita Maia e et al . Caracterização dos casos de violência física, psicológica, sexual e negligências notificados em Recife, Pernambuco, 2012. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília , v. 22, n. 3, p. 403-412, set. 2013.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do desarmamento: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade, comentários por artigos (análise técnica e crítica).** Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

VALLA, Wilson Odirley. **Doutrina de Emprego de Polícia Militar e Bombeiro Militar.** São Paulo: AVM, 2014.

## **A SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR E A RELAÇÃO COM DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**WESLEY PEREIRA DOS SANTOS:**  
Bacharelado do curso de Direito pela  
Universidade Brasil Campus Fernandópolis

ELOÍSA DA SILVA COSTA

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a Síndrome da Mulher de Potifar e suas implicações probatórias nos crimes contra a dignidade sexual. Tal figura jurídica que demonstra a capacidade de culpar outrem por crimes devido à recusa, de apresentar denúncias inverídicas com a intenção de punir a pessoa causadora de tal desilusão, bem como das consequências que acarreta e dos critérios que a desencadeiam na esfera administrativa e judicial. Na perspectiva, detalha os sistemas de apreciação de provas, como o do livre convencimento motivado, que é adotado pelo Brasil, e a versão de quando a palavra da vítima é falsa. O Capítulo VI do Código Penal Brasileiro regulamenta os crimes contra a dignidade sexual, pois nesses casos típicos, o sistema penal brasileiro atribui grande importância à fala da vítima como mecanismo de avaliação de provas de tais crimes (art. 201, CPP), e como isso pode acarretar danos ao acusado. E como a descoberta da falsidade, inverte o papel de acusado ao de vítima, alvo de dois possíveis crimes o de denúncia caluniosa e calúnia, este último dependendo do meio ao qual foi propagado. Para discutir a frequente ocorrência de falsas denúncias de crimes sexuais nesse contexto, este artigo foi desenvolvido na medida em que busca analisar a questão e as consequências para os réus de tais delitos, abordando também uma provável institucionalização da prisão preventiva ou medidas cautelares diversas como obrigatórias e automáticas no judiciário brasileiro, e como a relevância da opinião pública nestes casos, torna a situação do falso autor do delito extremamente delicada, fazendo com que o mesmo seja jogado no rol dos culpados sem direito ao devido processo legal. Como também o princípio da presunção de inocência.

**Palavras-chave:** Síndrome, injustiça, criminologia, vitimização, denúncia.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze Potiphar's Woman Syndrome and its evidentiary implications in crimes against sexual dignity. Such a legal figure that demonstrates the ability to blame others for crimes due to refusal, to present untrue complaints with the intention of punishing the person causing such disillusionment, as well as the consequences it entails and the criteria that trigger it in the administrative and judicial sphere. In perspective, it details the evidence assessment systems, such as the motivated free conviction, which is adopted by Brazil, and the version of when the victim's



word is false. Chapter VI of the Brazilian Penal Code regulates crimes against sexual dignity, because in these typical cases, the Brazilian penal system attaches great importance to the victim's speech as a mechanism for evaluating evidence of such crimes (art. 201, CPP), and as this may cause harm to the accused. And as the discovery of falsehood, inverts the role of accused to that of victim, target of two possible crimes: slanderous denunciation and slander, the latter depending on the medium to which it was propagated. To discuss the frequent occurrence of false reports of sexual crimes in this context, this article was developed as it seeks to analyze the issue and the consequences for the defendants of such crimes, also addressing a probable institutionalization of preventive detention or various precautionary measures as mandatory. and automatic in the Brazilian judiciary, and how the relevance of public opinion in these cases makes the situation of the false offender extremely delicate, causing him to be placed on the list of culprits without the right to due process. As well as the principle of presumption of innocence.

**Keywords:** Syndrome, injustice, criminology, victimization, denunciation.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa será desenvolvido com a pretensão de estudos, com o seguinte entendimento, em razão de uma grande divisão de pensamentos acerca do uso exclusivo da palavra da vítima em crimes de natureza sexual, coloca em voga a figura criminológica da mulher que, ao ser rejeitada, imputa, falsamente, àquele que a rejeitou, conduta criminosa relacionada à dignidade sexual.

A questão referente a Síndrome da Mulher de Potifar e a relação com o direito penal, crimes contra a dignidade sexual e sua dificuldade probatória devida às suas características próprias, tal síndrome é uma configuração jurídica na qual a criminologia desenvolveu a teoria de que vítimas prestam falsas denúncias contra desavenças. Esta terminologia tem como referência uma passagem do antigo testamento, aonde um eunuco general egípcio chamado Potifar teria comprado como escravo José filho de Jacó, em resumo da história a esposa de Potifar teria tentado seduzir José que não teve o mesmo interesse.

“Eis que meu amo não sabe nem o que há comigo na casa, e tudo o que tem ele entregou na minha mão. Não há quem seja maior do que eu nesta casa, e ele não me vedou absolutamente nada, exceto a ti, porque és sua esposa. Portanto, como poderia eu cometer esta grande maldade e realmente pecar contra Deus? ” (Gênesis 39:8, 9)

E com isso a esposa disse ao marido ter sido vítima de violência sexual, por tanto a doutrina penal usando analogicamente este fato batizou com este nome, sendo um termo

utilizado para se referir a todas às acusações falsas e enganosas a prática de estupro ou de qualquer outro delito que envolva violência sexual.

Segundo Cleber Masson ensina (MASSON, 2013, p. 27) ...

"...para análise da verossimilhança das palavras da vítima, especialmente nos crimes sexuais, a criminologia desenvolveu a teoria da "síndrome da mulher de Potifar", consistente no ato de acusar alguém falsamente pelo fato de ter sido rejeitada, como na hipótese em que uma mulher abandonada por um homem vem a imputar a ele, inveridicamente, algum crime de estupro (MASSON, 2013, p. 27).

Neste contexto se tem a síndrome da mulher de Potifar, teoria que busca analisar a credibilidade do depoimento da vítima no direito penal e no processo penal, buscando a validade e seriedade na investigação notadamente nos delitos sexuais, sendo via de regra crimes praticados na clandestinidade por muitas vezes sem testemunhas, e com isto, temos a palavra da vítima contra a do acusado, trazendo à tona fatos com maior veracidade a narrativa acusatória prestada e impedir a possível prática da denúncia caluniosa, crime descrito no artigo 339 do Código Penal, quando se dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, evitando a injustiça gerada.

O presente artigo possui métodos de revisão bibliográfica do tema por autores e publicações com procedimentos descritivos e abordagem estimativa e indutiva.

## **2 OBJETIVO**

Com o presente trabalho objetiva-se apurar a relação entre o direito penal brasileiro e a síndrome da mulher de Potifar, trazendo à tona informações pertinentes quanto a implicações probatórias da palavra da vítima contra o acusado e mostrando como em muitos casos há o prejuízo ao instituto do *in dubio pro reo*.

A intensão é mostrar que através de investigação minuciosa dos fatos em caso de insuficiência da prova testemunhal, aliada ao conteúdo da legislação constitutiva e infraconstitucional, esta não deverá ser suficiente para proceder à uma sumária condenação, preservando - se os direitos fundamentais do indivíduo. E o uso de métodos, como a avaliação psíquica da vítima no curso da ação penal, para acompanhamento e aconselhamento ao órgão julgador, haverá uma grande probabilidade de a decisão ser justa trazendo segurança jurídica a sociedade.

## **3 O FENÔMENO DA VITIMIZAÇÃO NA SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR**

Para entendermos mais sobre a Síndrome da Mulher de Potifar e como ela interage no direito penal, vislumbraremos o fenômeno da vitimização, que tem classificação de acordo com a teoria sociológica criminológica que faz com que esta vitimização seja encarada como primária, secundária e terciária. A vitimização primária são os efeitos decorrentes da própria prática do crime ou os sofridos pela própria vítima decorrentes da adoção por um terceiro da conduta socialmente inadequada. A vitimização secundária ou sobre vitimização é a necessidade de lembrar dos fatos como aconteceram afim de permitir a instrução de procedimentos investigatórios ou mesmo procedimentos judiciais e apuração da responsabilidade penal das pessoas envolvidas. Na vitimização terciária há uma falta de amparo dos órgãos públicos às vítimas; nesse contexto, a própria sociedade não acolhe a vítima, e muitas vezes a incentiva a não denunciar o delito às autoridades. O fenômeno da vitimização terciária é interpretado não somente do ponto de vista do desconhecimento do Estado da prática criminosa, como também da estigmática que a vítima sofre em relação a própria sociedade, quando muita das vezes principalmente em relação aos crimes contra a dignidade sexual se atribui a própria vítima a razão de ter sofrido o crime, ou seja, ela é punida duas vezes, uma por ter sofridos os efeitos diretos (vitimização primária) e a outra por ter assumido ou terem imposto a responsabilidade por ter sofrido a conduta criminosa. Mas se o fato imputado pela vítima não for verdadeiro, poderá ser responsabilizada penalmente? A resposta é sim! E essa conduta em princípio encontra adequação típica no artigo 339 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), denúncia caluniosa...

“Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020).

Outra hipótese de crime praticado advindo dessa síndrome, seria o de calúnia, mas dependeria de qual meio é divulgado pela suposta vítima, como exemplo ser postado em redes sociais da internet, previsto no artigo 138 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) calúnia...

“Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º É punível a calúnia contra os mortos. ”

Com todo o contexto exposto, torna-se possível, com que a Síndrome da Mulher de Potifar não se atenha apenas aos registros bíblicos, mas seja alvo de discussões na vida real.

#### **4 PROVA TÉCNICA E CREDIBILIDADE DA PALAVRA**

O estupro ou qualquer outro delito que envolva violência sexual normalmente é praticado na clandestinidade, longe da vista e dos ouvidos de outras pessoas, deixa margem a palavra da vítima como meio de prova, conforme art. 201 do Código de Processo Penal, que dispõe:

[...] existem indicadores (vulnerabilidade, experiência limitada, labilidade, aspectos de imaginação e simbolização, dentro outros) sugestivos de que crianças de tenra idade são mais suscetíveis a influências tanto de ordem exterior quanto de ordem interior – estas advindas de seu próprio mundo interno (fantasias) –, seja pelas características da etapa do ciclo vital em que se insere a infância, seja porque a criança ainda está pouco equipada com a carga de experiências que a vida pode emprestar.” (TRINDADE2013, p. 59).

Com base na perspectiva de Jorge Trindade, casos em que as vítimas são vulneráveis prescritos no Artigo 217 A do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, demonstra a importância de ser abordado por especialistas preparados para expor a verdade sobre o fato ocorrido. Se a avaliação psíquica de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais teria capacidade probante capaz de inferir condenação criminal, a mesma avaliação poderia resultar em absolvição, contudo demonstrado a contradição ou a impossibilidade de prova da admissibilidade do citado pela suposta vítima. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, enfermo, deficiente e pessoas em situação ou estado que impossibilite o oferecimento de resistência”. Desse modo com os artigos mencionados, nos dias de hoje a palavra da vítima, tem uma maior força probatória, mesmo que seja a única prova da acusação. Tal imputação torna a situação do suposto autor do delito precária, pois, há um pré-julgamento perante a sociedade, como culpado, e sem direito ao devido processo legal e o princípio da presunção de inocência.

Conforme ensina Rogério Greco (GRECO, 2011, p. 482) ....

“ O julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a verossimilhança de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente. A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a

verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório.” (GRECO, 2011, p. 482).

Neste contexto da síndrome, a conclusão de que é muito importante não se apegar em questões indiciárias com pontos frágeis em tais delitos, contendo outras provas além, como exemplo a avaliação psíquica da vítima, já que a Lei nº 12.015/2009, que juntou a tipificação do art. 213 do Código Penal, as condutas de estupro e violação sexual, a Síndrome da mulher de Potifar ganhou força no nosso ordenamento jurídico, já que o crime de estupro passou a não exigir em todas as suas modalidades a conjunção carnal para se configurar ato delituoso.

## **6 QUESTÕES INDICIÁRIAS**

Como quase todos os crimes de natureza sexuais aconteçam muitas vezes sem testemunhas e também na clandestinidade, tal avaliação seria uma forma de complementação de prova da ocorrência do abuso, pois, muitas vezes não é suficiente para a comprovação da materialidade do delito, com tal complementação tribunais e juízes de direito utilizarem desse meio para afirmar com maior segurança e com isso consistência a veracidade do depoimento acusatório.

No cenário atual do direito brasileiro temos decisões favoráveis a absolvição por falta de provas técnicas e com base em laudo psicológico colocando em voga a validade da declaração acusatória.

Como exemplo segue julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

“APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. Absolvição. A absolvição é medida impositiva, ante o contexto probatório que se apresenta. Não existem provas técnicas a referendar a efetiva existência do crime. O laudo psicológico. A conclusão do laudo psicológico em uma das vítimas indicou não haver “possibilidade da aplicação da análise de validade da declaração para tentar estabelecer a credibilidade das informações e a existência denexo causal”. [...]. Assim sendo, havendo dúvida insuperável sobre a efetiva configuração do fato descrito na denúncia e suas circunstâncias, necessária a absolvição dos acusados. [...] RECURSO PROVIDO. (ACR nº 70048486203, Quinta Câmara Criminal, Rel. Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 30/01/2013) grifou-se”

A análise de jurisprudências e entendimentos jurisdicionais expõe como os fatos são restabelecidos por meio da narrativa dos envolvidos, cabendo interpretação dada pelos operadores de direito, e como forma de complementação à prova física vem a avaliação psíquica da vítima como importante instrumento apurador da verdade.

Nesse Sentido leciona (Gonçalves; 2016)

“É evidente, entretanto, que existem falsas vítimas que simulam o estupro com a intenção de prejudicar outra pessoa (um parente, ex-marido, uma pessoa abastada a fim de lhe exigir dinheiro etc.). Por isso, é sempre relevante que o juiz analise com cuidado as palavras da vítima a fim de verificar eventuais contradições com os depoimentos anteriores por ela prestados ou a existência de alguma razão concreta para querer prejudicar o acusado, hipóteses em que a análise das provas deverá ser feita ainda com mais cautela, para se evitar eventuais injustiças. Em suma, é possível a condenação de um estuprador com base somente nas palavras e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que suas palavras são verdadeiras, sendo, contudo, relativa tal presunção. ”

A ocorrência iterada de falsas acusações é comum porque há uma certa dificuldade para os juízes sentenciarem crimes sexuais por falta de provas e porque é possível obter uma sentença punitiva simplesmente confiando na palavra da vítima. O estupro sendo o tipo mais grave de abuso sexual. Segundo a legislação brasileira, vai além da penetração (conjunção carnal), de forma constrangedora e sem consentimento, sexo oral, masturbação, toques íntimos e introdução forçada de objetos, por exemplo, também se enquadram nessa categoria de violência sexual. Este delito é caracterizado pelo uso de violência física ou psicológica, no qual o agressor ameaça a vítima para satisfazer o seu prazer, diante da gravidade de tal crime e a forte relevância social, o magistrado deve sempre analisar a veracidade da palavra da vítima e ter uma análise mais nítida do fato em si quanto a admissão como prova exclusiva para condenação do acusado, pois, não pode ser um inocente condenado com dúvidas perante sua inocência, ainda mais diante de meios que permitem a possibilidade de sua defesa em ação penal.

## **7 CONCLUSÃO**

No decorrer do presente artigo têm-se a afirmação da necessidade de motivação específica e concreta nas decisões que decretam a prisão cautelar, bem como o exame do fundamento constitucional de toda e qualquer decisão judicial, cabe destacar que a referida necessidade surge com muito mais destaque na decisão que ordena a prisão de



um indivíduo acusado de cometer um crime específico, porém, não são raros os casos de ausência de fundamentação para as prisões preventivas ou medidas cautelares.

No cerne do direito penal a avaliação do *in dubio pro reo* fica contaminada, tendo exposto que a palavra da vítima teria maior peso contra a do acusado, como exemplo claro dessa dissonância probatória, temos o crime de estupro e sua abrangência nos termos da Lei nº 12.015/09 que quando descoberto causa um forte clamor social em favor da vítima e quase que instantaneamente torna o acusado culpado, operando-se um pré-julgamento em volta de quaisquer delitos de natureza sexuais, lembrando assim os dias sombrios do sistema inquisitório, sem chance ao direito da ampla defesa.

O presente trabalho visa demonstrar critérios que deveriam ser observados antes da valoração da palavra da vítima, que à luz das provas, conclui-se que nos crimes contra a dignidade sexual, a pena não tem caráter absoluto, e que no caso em questão, bem como todas as provas apresentadas pela suposta vítima do crime, devem ser completamente perscrutadas, assim ao examinar os fatos relatados pela vítima o juiz deve ser cauteloso. Ressalta - se que o objetivo deste estudo não é argumentar que tal crime não deva ser punido, mas sim demonstrar que, em determinadas circunstâncias, a vítima pode criar um cenário de violência com o objetivo de condenar um indivíduo.

Em suma traz à tona o papel do Estado em utilizar-se de todos os meios cabíveis na defesa do direito, como a avaliação psíquica da pretendente vítima, conforme vem sendo estudado pela psicologia e criminologia com reflexo direto ao direito penal e principalmente ao processo penal no que se refere ao valor da prova e da credibilidade da versão da suposta vítima, tendo como ideia uma participação de psicólogos ou psiquiatras no curso da ação penal, para acompanhamento da vítima e aconselhamento ao órgão julgador, para tomada da melhor decisão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA SAGRADA: Tradução de João José Pedreira de Castro. 51 ed. São Paulo: Ave Maria, f. 87 e 88, 2004. 1110 p. (Velho Testamento e Novo Testamento).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6 ed. São Paulo: Saraiva, v. 4 rev. e ampl, 2012.

BREIER, Ricardo; TRINDADE, Jorge. Pedofilia: aspectos psicológicos e penais. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013;

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 30 set. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Parte Especial, Esquematizado, 6<sup>a</sup> Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, v. II, 2017. 99 p.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte especial. Cleber Masson. 6. ed. rev. e atual ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: Forense, v. 2, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Quinta Vara Criminal. Apelação Crime ACR n. 70048486203. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Julgamento em 30 de setembro de 2021.

## **O CRIME DE TERRORISMO NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA: REFLEXÕES CRÍTICAS À LEI N. 13.260/16**

**REBECCA SCALZILLI RAMOS PANTOJA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada.

**RESUMO:** A definição de terrorismo é uma tarefa difícil no cenário mundial, seja em razão da alta complexidade do fenômeno, seja pela possibilidade de sua manifestação de diversas formas, a depender de fatores culturais de uma determinada localidade e do período histórico considerado. O trabalho objetiva o desenvolvimento de temas essenciais ao estudo do terrorismo, para, ao final, realizar comentários críticos à Lei n. 13.260/2016, concluindo pelo êxito geral desta, apesar da observância de algumas imperfeições.

**Palavras-Chave:** Terrorismo – Fenômeno comunicacional – Instrumentalização das vítimas – Finalidade política – Tratamento penal – Lei Antiterrorismo.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. O TERRORISMO NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA. 1.1. A BUSCA POR UM CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE TERRORISMO. 1.1.1. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DO TERRORISMO. 1.1.1.1. O DISCURSO DO TERROR. 1.1.1.2. A QUALIDADE ORGANIZACIONAL. 1.1.1.3. A FINALIDADE POLÍTICA. 1.1.1.4. BEM JURÍDICO TUTELADO. 1.1.1.5. DELITOS-MEIOS DE GRAVIDADE. 1.2. DISTINÇÕES RELEVANTES. 1.2.1. O TERRORISMO E O CRIME POLÍTICO. 1.2.2. O TERRORISMO E A GUERRA. 1.2.3. O TERRORISMO E AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS. 2. O TRATAMENTO PENAL DO TERRORISMO. 3. COMENTÁRIOS À LEI N. 13.260/2016. 3.1. ELEMENTO ESTRUTURAL. 3.2. ELEMENTO TELEOLÓGICO. 3.3. CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRIME. 3.4. FAVORECIMENTO PESSOAL NO CRIME DE TERRORISMO. 3.5. ATOS PREPARATÓRIOS DO CRIME DE TERRORISMO. 3.6. FINANCIAMENTO DO TERRORISMO. 3.7. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. 3.8. ANTECIPAÇÃO DOS INSTITUTOS DO ART. 15 DO CP. 3.9. COMPETÊNCIA INVESTIGATIVA E PARA PROCESSO E JULGAMENTO. 3.10. A HEDIONDEZ DO CRIME DE TERRORISMO. 3.11. ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA. 3.12. APLICAÇÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho objetiva o desenvolvimento de temas essenciais ao estudo do terrorismo, buscando, em um primeiro momento, estabelecer um conceito eminentemente jurídico-penal do fenômeno, com enfoque não apenas na caracterização deste, como também na sua distinção de outras figuras criminais e de manifestações sociais de caráter diverso.

Nesse passo, debruçar-se-á, especialmente, na doutrina espanhola, que apresenta maior grau de aprofundamento no estudo da matéria, para abordar os elementos indicados como constitutivos do terrorismo, que, necessariamente, devem ser observados para a sua configuração, merecendo destaque a mensagem de terror e a natureza comunicacional do ato.

Após serem explanados os pressupostos básicos atuais para a compreensão do terrorismo, comumente apontados pela doutrina, serão traçadas algumas diferenciações relevantes, a fim de que se possa complementar a construção do conceito jurídico-penal de terrorismo e de que se evitem equívocos em relação ao tratamento destinado ao fenômeno em tela.

Em um segundo momento, considerando-se o destaque mundial reservado à discussão a respeito do combate ao terrorismo, correntemente acompanhada da defesa de medidas extremadas de persecução e punição, reflexos do que se conhece por expansionismo penal, serão esmiuçadas algumas questões atinentes ao tratamento do delito.

Ao final, no terceiro e último capítulo, serão realizados alguns comentários críticos à Lei 13.260/2016, publicada em 16 de março de 2016, também conhecida como Lei antiterrorismo, que representou o atendimento, com certo atraso, ao mandado constitucional de criminalização estampado no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.

## **1. O TERRORISMO NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA**

### **1.1. A busca por um conceito jurídico-penal de terrorismo**

A conceituação do terrorismo tem se mostrado uma tarefa árdua no cenário mundial, em razão da alta complexidade do fenômeno, que não apresenta uma forma definitiva e imutável, mas, ao contrário, verdadeiro caráter transmutável, demonstrado ao longo da história. Com isso, urge, de plano, registrar a inexistência, bem como a impossibilidade, de uma definição universal do tema em estudo.

O fenômeno do terrorismo ostenta diversas facetas, alternando-se a sua forma de manifestação a depender de fatores culturais em um mesmo período da história, ou se modificando o modelo de terrorismo no decorrer da história em um mesmo local do mundo. Na medida em que ocorrem mudanças no contexto social, novas concepções acerca do terrorismo emergem.

Com efeito, os ataques ocorridos em Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001, evidenciaram um novo formato do terrorismo, de escala global e tendente a refletir no mundo inteiro, o que não se verificou nas manifestações de terrorismo do século XX, mais modestas, notadamente, no tocante à repercussão.

Diante da impossibilidade de se traçar, com segurança, uma definição universal do fenômeno em tela, a solução encontrada foi o direcionamento do estudo à análise de um conceito eminentemente jurídico-penal do terrorismo, não se desconhecendo, entretanto, a existência de uma concepção mais ampla acerca do tema.

Nesse exato sentido, Manuel Cancio Meliá aduz que o ponto de partida de qualquer análise do conceito de terrorismo consiste em não se confundir a sua definição jurídico-positiva com qualquer outra que lhe possa ser atribuída, em pontos de vista distintos de uma análise estritamente dogmática.<sup>211</sup>

Atendo-se, pois, a essa conceituação especificamente jurídica do terrorismo, a doutrina costuma identificar duas classes de características do fenômeno. De um lado, indica aspectos que dizem respeito ao elemento estrutural, destacando a forma de configuração do terrorismo; e, de outro, indica aspectos relativos ao elemento teleológico, cujo enfoque corresponde aos objetivos traçados por quem pratica o ato.

Nessa linha, de acordo com as lições de L. Arroyo Zapatero: *"(...) puede ensayarse una definición del problema 'terrorismo' conjugando dos elementos. De una parte, los medios empleados y los resultados producidos por los autores de las prácticas terroristas y, de otra, la finalidad que se persigue."*<sup>212</sup>

A partir do referido método conceitual, o Grupo de Estudos de Política Criminal, de origem espanhola, concluiu que, em termos gerais, o terrorismo pode ser classificado como sendo uma negação de direitos fundamentais, por meio da utilização da violência como meio de promoção do terror, o que se dá no âmbito de estruturas organizadas e com fins políticos.<sup>213</sup>

Atendendo, igualmente, aos critérios estrutural e teleológico, Mariona Llobet Anglí esclarece que terrorismo é a conduta delitiva violenta, reiterada e indiscriminada, em um processo de instrumentalização das pessoas, com o objetivo de alcance de um objetivo político.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010.

<sup>212</sup> ARROYO ZAPATERO, L., 1985 *apud* CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editora Colex, 2008. p. 25.

<sup>213</sup> GRUPO DE ESTUDIOS de Política Criminal. *Uma alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*. Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal 2008. v. 9.

<sup>214</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 66.

Corroborando tais entendimentos, Ana Isabel Pérez Cepeda, professora titular de direito penal na Universidade de Salamanca, ensina que o fenômeno em questão tem por objetivo provocar terror na sociedade, o que se concretiza com a prática de crimes, exigindo-se o cumprimento de alguma reivindicação política para fazer cessar a violência.

215

Pode-se extrair das definições supramencionadas alguns componentes relevantes, a saber, o caráter comunicacional do ato terrorista, que, assim, estabelecerá um verdadeiro diálogo de terror, bem como a prática de crimes comuns, a estrutura organizacional e a finalidade primordialmente política.

Adiantada uma breve noção acerca do conceito - frise-se: eminentemente jurídico-penal - do terrorismo, passaremos, agora, à análise mais detida de cada um dos elementos comumente apontados pela doutrina como sendo constitutivos do fenômeno ora em exame.

## **1.2. Elementos característicos do terrorismo**

### **1.2.1. O discurso do terror**

O primeiro fator que se exige para a configuração do terrorismo, alcançado pelo consenso doutrinário, consiste na utilização do discurso do terror. Trata-se da finalidade de criação de uma atmosfera de pânico, que se mostra necessária para o alcance de outro objetivo maior, majoritariamente entendido como sendo um objetivo político.

Nesse passo, pode-se afirmar que o terrorismo tem por objetivo imediato a difusão do sentimento de terror, isto é, a promoção generalizada de um estado psíquico de grande medo ou pavor, que corresponderia ao meio capaz de levá-lo ao seu objetivo último ou mediato, a ser estudado em tópico subsequente.

Ressalte-se a carga fortemente subjetiva do terrorismo, vez que a sua experiência se destina à manipulação de sentimentos, acarretando efeitos no campo psicológico. Assim sendo, verifica-se que o cerne do ato terrorista não está no dano material, embora seja este de fácil observação, mas na própria mensagem que acompanha o ato, apta a abalar a estrutura psíquica de uma sociedade.

Cumprido salientar que, para além da mensagem pretendida pelo ato terrorista, deve haver a sua efetiva disseminação, ou seja, a ocorrência de um verdadeiro fenômeno comunicacional. Na contemporaneidade, o que se percebe é uma relação de cumplicidade

---

<sup>215</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Madrid: Editora Iustel, 2007. p. 161



entre o terrorismo e a mídia, responsável pela divulgação dos atentados terroristas, o que viabiliza a configuração prática do fenômeno em análise.

Especial relevo merece o caráter aleatório de identificação das vítimas do terrorismo. Estas não possuem nome, nem rosto. Para que o discurso terrorista atinja a proporção devida, revela-se necessária a indiscriminação de seus efeitos, que não se limitam às vítimas diretas de seus danos (aquelas afetadas diretamente pelo disparo de um artefato explosivo, por exemplo).

Lembre-se de que o presente estudo é desenvolvido sob uma perspectiva contemporânea do terrorismo, sobretudo considerando o novo formato adquirido pelo fenômeno após os ataques ocorridos em Nova York, em 11 de setembro de 2001. Antes desse marco, não se observava a referida aleatoriedade na identificação das vítimas, vez que estas representavam, em regra, uma face do Estado a ser combatida, a exemplo da figura do governante, do embaixador e do juiz.

Modernamente, percebe-se que, mesmo quando o ato terrorista se dirige a uma pessoa em especial ou a um grupo previamente identificado, exige-se que tantos outros indivíduos figurem como vítimas indiretas, isto é, vítimas da mensagem de terror, sendo estas pessoas indeterminadas.

Nessa esteira, Mariona Llobet Anglí, ao diferenciar o crime de ameaça do crime de terrorismo, explana, com êxito e simplicidade, que a mensagem constante na ameaça seria “vou tocar em você, sujeito determinado, se não cumprir determinada imposição.” Por sua vez, a mensagem própria do terrorismo seria “posso tocar em você, sujeito indeterminado, em uma próxima vez.”.<sup>216</sup>

É de se notar que as vítimas diretas do terrorismo, que tiveram, por exemplo, a vida ou a integridade física atingida, são tomadas como meros instrumentos necessários para o alcance da disseminação do terror. As pessoas atacadas diretamente assumem o papel de instrumento, funcionando como portadoras da mensagem terrorista.

Em um segundo momento, criada a atmosfera de terror, são todas as vítimas – diretas e indiretas – manuseadas como instrumento para que a mensagem terrorista alcance o Estado, com o objetivo de impor determinada intenção do grupo terrorista. A instrumentalização das vítimas ocorrerá, portanto, em dois níveis.

---

<sup>216</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 82.

Por fim, como último desdobramento da necessidade de disseminação do terror, verifica-se a possibilidade de reiteração dos atos. Ora, o que justamente torna o medo do terrorismo de tamanha grandeza é a perspectiva de que aquele ato específico e já consumado tenderá a se repetir.

Frise-se que, ainda que se tenha cometido um único ato, não restará prejudicada a sua classificação como terrorista, pois, conforme os ensinamentos de Mariona Llobet Anglí, o sentimento de pânico gerado pelo terrorismo não depende da pluralidade de atos concretos, mas de uma perspectiva de repetição do ato<sup>217</sup>, o que se traduz pelos sentimentos de angústia e incerteza em relação ao futuro.

### **1.2.2. A qualidade organizacional**

No tocante à possibilidade de caracterização de um ato individual como terrorista, ao contrário do item antecedente, não há voz pacífica na doutrina. De um lado, há quem defenda a viabilidade do denominado "terrorismo individual", levando-se em consideração o grau de destruição que podem alcançar algumas armas modernas. De outro, há quem encontre dificuldade em se enxergar, no ato cometido por um único agente, o terrorismo, dada a sua alta complexidade e capacidade comunicacional.

Mariona Llobet Anglí, a quem se fez e ainda se fará outras referências ao longo do presente estudo, não considera a ocorrência de um ato individual como um empecilho à configuração do terrorismo, desde que o agente empregue meios de atuação poderosos, capazes de alcançar a lesividade e operacionalidade próprias de uma organização terrorista.<sup>218</sup>

*Data venia*, entendemos derivar da própria dimensão da mensagem do terrorismo a sua necessária qualificação organizacional, havendo uma incapacidade de o agente isolado atingir toda a amplitude abarcada pelo terrorismo. A nosso ver, somente as ações praticadas por um grupo organizado poderiam ensejar uma significação política considerável, de modo a caracterizar o fenômeno do terrorismo.

Nesse sentido, Myrna Villegas Días, professora de direito penal da Universidade do Chile, concebe o terrorismo como um ato de violação massiva e sistemática aos direitos humanos, que não poderá ocorrer sem uma estratégia, em razão da sua amplitude e

---

<sup>217</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 71.

<sup>218</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 88.

complexidade. Conclui a autora que tudo isso só se faz possível no seio de uma organização, demonstrando, assim, a necessária estrutura coletiva do terrorismo.<sup>219</sup>

Não obstante, não se afasta a possibilidade de um único sujeito ser capaz, por meio de seu ato, de difundir o sentimento de medo em grande escala. Sobretudo na sociedade moderna, em que a instantaneidade de informações é realidade, o medo é facilmente disseminado, ainda que o ato ocorra em local isolado e distante do receptor da notícia. Ocorre que não nos parece que esse medo, ainda que generalizado, poderá atingir a magnitude típica do terrorismo.

Dois são os modelos de organização percebidos no âmbito da atividade terrorista: pirâmide e rede. A estrutura piramidal pressupõe maior hierarquização e capacidade de controle, havendo uma clara divisão de funções entre seus membros. Já na estrutura de rede, em razão da menor hierarquização, observa-se uma maior flexibilidade, existindo diversas células ou grupos que atuam com relativa independência e que, geralmente, não travam contato entre si.

A título de exemplo, a conhecida organização terrorista Al Qaeda, fundamentalista islâmica e responsável pelos atentados de 11 de setembro, segue a estrutura de rede, sendo esta a forma de organização que mais se adapta numa escala internacional, vez que permite um maior alcance operativo de atuação, tornando-se mais difícil de ser desarticulada.<sup>220</sup>

### **1.2.3. A finalidade política**

Um terceiro elemento caracterizador do terrorismo, amplamente apontado pela doutrina e já mencionado em linhas precedentes, diz respeito ao seu objetivo último, que seria primordialmente político. Conforme já visto, a organização terrorista, promovendo a disseminação do terror na sociedade, pretende que o Estado, receptor final da mensagem terrorista, seja compelido a acatar uma imposição política do grupo.

Para a configuração do terrorismo, pois, não basta a instrumentalização de primeiro grau do ato, suscetível de atemorizar o público. Exige-se, em um segundo momento, a instrumentalização de segundo grau, direcionada a estabelecer uma comunicação com o

---

<sup>219</sup> VILLEGAS DÍAS, MYRNA. *Elementos para um conceito jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29 maio 2011. Disponível em: < <http://www.humanas.cl/wp>

content/uploads/2014/Minutas/Minutas%202010/16.%20Observatorio%20MINUTA%20CONCEPTO%20TERRORISMO%20Comision%20Mixta%2029sept2010.pdf >. Acesso em: 22 abr. 2022.

<sup>220</sup> GABELINE, Rogério Batista. *O delito de terrorismo no Ordenamento Penal Lei n. 13.260/2016*. Campinas: Millennium, 2016. p. 8.

Estado, para, ao final, ocasionar uma alteração política, sem o respeito às formas democráticas de consecução de resultados políticos (lê-se: manifestações sociais, exercício do voto, greves, etc.).

Mariona Llobet Anglí chama a atenção para o fato de a finalidade política do terrorismo servir, muitas vezes, como elemento diferenciador de, por exemplo, uma organização criminosa apenas destinada ao narcotráfico ou a atividades mafiosas de qualquer tipo.<sup>221</sup> Ao passo que a organização terrorista não aceita a ordem política vigente e objetiva, por meio de atos de violência, a sua alteração forçada, as demais manifestações do crime organizado sobrevivem na ordenação política local e, dessa forma, pretendem seguir.

Nesse ponto, não merecem retoques as ponderações de Myrna Villegas Díaz, para quem o terrorismo é: *"(...) cometido con la finalidad de conmovier los fundamentos del Estado democrático alterando la estructura política, social, econômica y/o medioambiental del país (que podría concretarse en un bien jurídico como el ordenamiento constitucional democrático)"*.<sup>222</sup>

#### **1.2.4. Bem jurídico tutelado**

Dada a complexidade do fenômeno do terrorismo, observa-se, com a sua experiência, a ofensa não somente a um bem jurídico específico, mas a uma pluralidade deles. Assim, em um primeiro momento, o ato terrorista violará os mesmos bens jurídicos protegidos pelo crime comum do qual se utiliza, sendo a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio os mais fáceis de serem visualizados.

*A posteriori*, em razão da difusão do sentimento de terror generalizado em um grupo social, ou seja, do efeito psicológico do terrorismo, haverá o incontestado ataque à chamada paz pública, que pode ser entendida como a sensação de segurança geral, de tranquilidade social.

Por fim, o terrorismo se consubstancia na agressão à própria democracia, mais especificamente no tocante à tomada de decisões políticas de maneira legítima, haja vista

---

<sup>221</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 57.

<sup>222</sup> VILLEGAS DÍAS, MYRNA. *Elementos para um conceito jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29 maio 2011. Disponível em: <  
<http://www.humanas.cl/wpcontent/uploads/2014/Minutas/Minutas%202010/16.%20Observatorio%20MINUTA%20CONCEPTO%20TERRORISMO%20Comision%20Mixta%2029sept2010.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

que, como já exaustivamente explicitado, o ato terrorista possui como objetivo final forçar o Estado a adotar a sua vontade imposta.

Importa salientar que não se deve aceitar, como meio suficiente para a configuração do terrorismo, a lesão unicamente à propriedade, seja privada ou pública.

Entende-se que, para que o ato tenha capacidade de afetar ou ameaçar de forma concreta a ordem democrática, deverá atingir bens jurídicos essenciais ao homem, como a vida, a integridade física e a liberdade.

Ainda a respeito dos bens jurídicos salvaguardados, vale a pena a transcrição da seguinte passagem da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, ratificada pelo Brasil no ano de 2005: *"(...) o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)".*<sup>223</sup>

### 1.2.5. Delitos-meios de gravidade

Conforme já esclarecido em momentos anteriores deste estudo, o terrorismo se utiliza de crimes comuns para disseminar o sentimento de terror generalizado nas pessoas, com o objetivo último de impor ao Estado determinada intenção do grupo terrorista.

Destaca-se que tais meios são, em regra, os crimes que atentam contra os bens jurídicos dotados de extrema importância às pessoas, quais sejam, a vida, a liberdade e a integridade física. Isso porque somente o ataque aos bens mais essenciais do indivíduo tem o condão de criar uma verdadeira atmosfera de terror, capaz de, em um segundo momento, afetar ou ameaçar de forma concreta a ordem democrática.

Por conta disso, para Mariona Llobet Anglí, os atos que atentem exclusivamente contra a propriedade ou outros bens materiais não são capazes de ser qualificados como terroristas, incluindo-se, nesse grupo, por exemplo, os atos de grupos ecologistas que produzam danos contra bens públicos ou grupos que produzam desordem pública.<sup>14</sup>

Destarte, ao se verificar a ofensa tão somente ao patrimônio, público ou privado, não há que se falar em hipótese de terrorismo, que apenas será observada quando da

<sup>223</sup> *Convenção Interamericana contra o terrorismo*: ratificada em 26 de setembro de 2005. Disponível em:

<[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/legislacao/segurancapublica/conv\\_interam\\_contra\\_terrorismo.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/legislacao/segurancapublica/conv_interam_contra_terrorismo.pdf)>. Acesso em: 25/04/2022.

<sup>14</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo*: límites de su punición en un Estado democrático. Madrid: La Ley, 2010, p. 78.

violação aos bens jurídicos fundamentais de caráter individual, a exemplo dos já supramencionados.

### 1.3. Distinções relevantes

Como já exposto, não existe um conceito preestabelecido sobre o terrorismo, sendo certo que, apesar de todos os esforços por parte da doutrina, ainda se está longe de uma definição exata, inequívoca e aceitável do fenômeno em tela pela maioria dos Estados.

Uma proposta para suplantiar as deficiências conceituais de terrorismo, ao menos para efeitos penais, é apresentada por Walter Lauquer, que se preocupa em estabelecer, em sua obra, o que não é terrorismo, tendo em vista que, embora os atos terroristas sejam evidentes formas de violência, por inequívoco, nem toda forma de violência configura terrorismo.

Nesse linha, Lauquer afirma que tal distinção *"(...) is vitally important to recognize that terrorism, although difficult to define precisely, as this brief history will show, is not a synonym for civil war, banditry, or guerrilla warfare."*<sup>224</sup> Veja-se que o autor, não obstante reconheça a imprecisão do termo, afasta a possibilidade de o terrorismo ser sinônimo de guerra civil, banditismo ou combates de guerrilha.

Seguindo essa vertente do estudo de Lauquer, depois de desenvolvidos os elementos constitutivos do terrorismo, correntemente apontados pela doutrina, faz-se necessário, para uma melhor compreensão do tema, explicitar algumas diferenciações nos pontos a seguir, a fim de que se possa complementar a construção do conceito jurídico de terrorismo que aqui se defende.

#### 1.3.1. O terrorismo e o crime político

Em virtude da finalidade eminentemente política do terrorismo, já examinada em ocasião anterior, pode-se dizer que tal fenômeno guarda semelhança com o crime político, cujo conceito, segundo a doutrina clássica, abrange não apenas os crimes de motivação política (aspecto subjetivo), como também os que atentam contra a existência do Estado, ou de sua organização político-jurídica (aspecto objetivo).<sup>225</sup>

A despeito da mencionada semelhança, a jurisprudência do STF é firme no sentido de que o terrorismo não pode ser compreendido como crime político, imune ao poder de extraditar do Estado, haja vista que a Constituição Federal, em seus artigos 4º, VIII e 5º,

<sup>224</sup> LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*. New York: Oxford University Press, 1999, p.8.

<sup>225</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p.436-437.



XLIII, prevê que o Brasil repudia internacionalmente o terrorismo e que considera este crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Como se depreende dos dispositivos supracitados, o Brasil assumiu perante a comunidade internacional o compromisso ético-jurídico de repúdio ao terrorismo, sendo inadmissível, por conseguinte, que a prática terrorista seja amparada pela norma de proteção constante do art. 5º, LII, da Constituição, que veda a extradição de estrangeiro por crime político.

Nesse sentido, ressalte-se o seguinte excerto do voto do Ministro Celso de Mello, na Extradução 855:

“Vê-se, deste modo, que os novos parâmetros constitucionais inscritos no art. 4º, VIII e no art. 5º, XLIII da Constituição da República demonstram que o Estado brasileiro assumiu, perante a Nação, expressivo compromisso de frontal hostilidade às práticas terroristas, tanto que, ao proclamar os princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil, enfatizou, de modo inequívoco, o seu repúdio ao terrorismo e, mais do que isso, a Constituição do Brasil também determinou ao legislador comum que dispensasse, ao autor do crime de terrorismo, tratamento penal mais severo, compatível com aquele já previsto para os delitos hediondos.

(...)

O total desprezo constitucionalmente manifestado pelo Estado brasileiro aos delitos de índole terrorista impede que se aplique, a estes, a norma de proteção constante do art. 5º, LII, da Constituição, que veda a extradição de estrangeiro por crime político.”

Em se tratando de crimes políticos puros, isto é, crimes que apresentam motivação política evidente e predominante, e que não envolvem atos de violência, forçoso se mostra o reconhecimento da hipótese excludente de concessão de extradição, conforme ensina Artur de Brito Gueiros Souza.<sup>226</sup>

A questão se torna discutível no caso de crime político complexo, ou seja, quando o delito fere o bem jurídico ordem política e, simultaneamente, atinge bens jurídicos

<sup>226</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 189.

comuns<sup>227</sup>, ou no caso de crime político conexo. Nestas conjunturas, a solução desvendada foi a aplicação do critério da preponderância ou da principalidade, segundo o qual, nas lições de Nelson Hungria, "o motivo ou fim político não exclui a extradição quando o fato imputado constitui, prevalentemente, um crime comum (...)".<sup>228</sup>

Nesse passo, se restar observada a prevalência do caráter político dos fatos, a extradição não poderá ser concedida, em respeito à norma constitucional do art. 5º, LII, da Constituição. Em contrapartida, se a lesão ao bem jurídico de natureza comum se sobrepuser ao bem jurídico político-estatal, haverá a extraditabilidade, não obstante a existência de motivação política.

É exatamente esse o raciocínio que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando da distinção entre terrorismo e crime político, com vistas à extradição ou não do estrangeiro. Na Extradição 399, a mero título exemplificativo, prevaleceu o caráter de crime complexo no tocante ao sequestro do Diretor da Fiat-France, conduta pela qual foi condenado o extraditando na França, o que viabilizou o afastamento da hipótese excludente de concessão de extradição.

### **1.3.2. O terrorismo e a guerra**

Igualmente, não se confundem ato de terrorismo e ato de guerra, apesar de, em casos concretos, haver dificuldade notável em se distinguir os dois fenômenos. Manuel Cancio Meliá aduz que, justamente por não equivaler à guerra, o terrorismo carece de poderio militar, afastando-se da ideia de um conflito armado de grande intensidade, porquanto, normalmente, expressa a estratégia do grupo mais débil.<sup>229</sup>

Sob uma perspectiva sociológica, Zygmunt Bauman assinala uma realidade produzida especialmente por conta de uma luta de poder e dominação, em que o "nós" reflete um grupo subjugado, enquanto o "eles", um grupo explorador dominante, em razão do poderio militar deste.<sup>230</sup> Nesse cenário, o terrorismo se apresenta como uma verdadeira arma de resistência do grupo mais frágil.

---

<sup>227</sup> BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. *O terrorismo na Constituição brasileira e seu tratamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

<sup>228</sup> HUNGRIA, 1960 apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 190.

<sup>229</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010, p.70.

<sup>230</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 158.

Na busca por um artifício equivalente à força militar que não possui, o terrorismo encontra na disseminação de pânico, de prejuízos e de vulnerabilidade a arma para compelir o grupo mais forte a recuar em sua política de dominação. Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá menciona que o equivalente ao uso da força militar desvendado pelo terrorismo é a seleção de objetos distintos como alvos de sua agressão, com o objetivo de gerar uma ameaça generalizada.<sup>231</sup>

Isto posto, resta patente que guerra e terrorismo não refletem um mesmo fenômeno. Ora, possuísse o grupo de agentes terroristas um poderio militar, típico dos atos de guerra, não seria necessário o apelo à estratégia de disseminação do terror, a fim de que seus objetivos últimos fossem alcançados.

### **1.3.3. O terrorismo e as manifestações sociais**

Com base na análise já realizada, em oportunidade passada, dos elementos característicos do terrorismo, pode-se distinguir com clareza os atos terroristas das manifestações sociais, mesmo quando estas tomam proporções violentas, na medida em que não satisfazem todos os requisitos necessários à configuração do terrorismo.

Em regra, as manifestações sociais objetivam provocar a alteração de alguma situação política, ou seja, convergem com o terrorismo no que diz respeito à finalidade eminentemente política do ato. No entanto, o que se observa, de plano, é que, nas manifestações sociais, o ato é dirigido diretamente ao Estado, a fim de se exigir soluções às reivindicações lançadas pelo grupo manifestante.

Quando verificada alguma violência em manifestações sociais, é ela exercida contra o próprio Estado, geralmente atingindo o seu patrimônio. Com o direcionamento do ataque a bens públicos, não há que se falar em violação a bem jurídico de extrema importância ao homem, tornando-se inviável, pois, a consideração do ato como terrorista.

De mais a mais, percebe-se que, nas manifestações sociais reivindicatórias, a característica do discurso do terror não se faz presente. Ainda que algumas manifestações acarretem o sentimento de amedrontamento, interferindo, muitas vezes, no direito de ir e vir das pessoas, este não é um objetivo perseguido do grupo manifestante, como o é do grupo terrorista quando da instrumentalização de suas vítimas.

Desse modo, não se pode perder de vista que a mensagem da manifestação social, diferentemente daquela emitida pelo terrorismo, tende a ser enviada diretamente ao

---

<sup>231</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010, p. 70-71.

Estado, sem perpassar pela ocorrência do fenômeno comunicacional, capaz de abalar a estrutura psíquica de uma sociedade.

## **2. O TRATAMENTO PENAL DO TERRORISMO EM DETRIMENTO DE UM TRATAMENTO BELIGERANTE**

No que concerne ao campo do combate ao terrorismo, indaga-se, assim como fez Francesco Viganò, se um “Código Penal de paz” é capaz de obstar a prática do terrorismo.<sup>232</sup> Nesse passo, buscar-se-á, no presente capítulo, abordar algumas questões atinentes ao tratamento destinado ao fenômeno ora em exame, defendendo, adianta-se, a aplicação de medidas de Direito Penal comum, próprias de uma atividade criminosa.

Atualmente, observa-se, especialmente no que diz respeito às atividades delituosas que mais alteram o ânimo social em razão de sua gravidade, a exemplo do terrorismo, uma forte tendência ao agravamento da resposta legal aos crimes em geral. Nesse diapasão, a própria sociedade passa a clamar por respostas penais severas por parte do Estado para os diversos problemas sociais aos quais se depara.

Ocorre que não há qualquer evidência de que um tratamento penal mais rigoroso representará de fato uma maior eficácia preventiva. Nas lições de Manuel Cancio Meliá, a atuação do Direito Penal em caráter preventivo possui uma complexidade muito maior do que supõe o discurso político-criminal que prevalece no cenário moderno, segundo o qual haveria uma relação correspondente entre o maior nível de severidade do ordenamento jurídico-penal e níveis superiores de eficácia preventiva.<sup>233</sup>

No tocante especificamente ao terrorismo, objeto deste estudo, deve-se ter claro que determinadas formas mais excessivas de repressão, como aquelas próprias dos atos de guerra, podem apresentar-se, em verdade, contraproducentes<sup>234</sup>, provocando, inclusive, o agravamento da situação a que se quer repelir, em vez de representarem um modelo bem-sucedido de controle do fenômeno.

Isso porque, considerando que o objetivo do terrorismo é a difusão do terror para o alcance posterior de uma finalidade política, o ato terrorista encontrará na própria ideologia agressiva de seu combate um fator que contribuirá com a criação da atmosfera de pânico pretendida.

<sup>232</sup> VIGANÒ, Francesco. *Terrorismo, guerra e sistema penale*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v. 49, p. 655, abr./jun, 2006.

<sup>233</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010, p. 57.

<sup>234</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010, p. 73.

Noutro giro, note-se que a finalidade última do terrorismo de alvejar a democracia é atingida quando o delito é combatido com medidas próprias de atos de guerra. Ou seja, o terrorismo será, com efeito, beneficiado com a política de guerra ao próprio terrorismo.

Outrossim, é de se notar a função, muitas vezes, meramente simbólica da legislação penal. Nesses casos, o que se observa como resultado prático da criação de medidas demasiadamente rígidas pelo legislador é tão somente o incremento de uma aparente sensação de segurança na sociedade, sem que haja, todavia, compromisso com a efetividade do texto normativo.

A esse respeito, José Luis Díez Ripollés aduz que o simbolismo penal atua no âmbito legislativo, fazendo com que o legislador pretenda refletir na legislação penal o atual estado de ânimo social, a opinião coletiva a respeito de determinada realidade, o raciocínio privado em relação à capacidade da medida em solucionar o problema para o qual se dirige (ou deveria se dirigir).<sup>235</sup>

Winfried Hassemer aponta justamente as leis contra o terrorismo como exemplos de direito simbólico, incluindo-as nas denominadas “leis de crise”, que possuem o objetivo de tranquilizar a população.<sup>236</sup> Assim, muito embora, aos olhos da sociedade, a adoção de medidas de gravidade excessiva seja vista como arma eficiente na luta contra o terrorismo, trata-se, deveras, de mais uma manifestação do simbolismo que assola o Direito Penal.

Corroborando o entendimento no sentido de se rechaçar a aplicação de medidas de gravidade consideravelmente elevada, como aquelas próprias de guerra, no combate ao terrorismo, Manuel Cancio Meliá adverte para a propensão da legislação antiterrorista em contaminar a legislação ordinária.<sup>237</sup>

Na perspectiva do autor, é ilusório o pensamento de acordo com o qual as alterações e criações legislativas relativas à luta contra o terrorismo, que, geralmente, manifestam-se por medidas drásticas, limitar-se-ão, a curto e longo prazo, aos atos de terrorismo. O que se apura, na prática, é a expansão dessa legislação, que, depois de passar por um “período de testes” na disciplina do terrorismo, acaba por ser admitida como medida aplicável também aos demais crimes.

---

<sup>235</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y derecho penal: estudios*. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 47.

<sup>236</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMÍREZ, Ruan (dir.). *Pena y Estado*. Santiago: Editora Jurídica ConoSur, 1995, p.26.

<sup>237</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010, p. 77.

Percebe-se que, com o passar do tempo, boa parte das “leis de exceção” tendem a perder a natureza de exceção para se tornarem comuns. É o que ocorre, por exemplo, com o rol de crimes considerados como hediondos, que se encontra em constante expansão, abrangendo cada vez mais tipos penais e, por conseguinte, despindo-se de seu caráter de exceção.

Por todo o exposto, imperioso se faz o reconhecimento da qualidade de atividade criminosa do terrorismo, que se mostra, por isso, merecedor do tratamento do Direito Penal, afastando-se a aplicação de medidas extremadas, como as próprias de guerra. Ora, o terrorismo configura uma atividade ofensiva à vida, à integridade física, à liberdade das pessoas, dentre outros bens jurídicos, que também recebem o tratamento do Direito Penal, com os limites típicos de um Estado Democrático de Direito.<sup>238</sup>

É bem verdade que, sozinho, o Direito Penal não é suficiente ao combate de uma forma de criminalidade tão complexa como é o terrorismo. Nas palavras de Manuel Cancio Meliá: *“Parece que en el caso de estos grupos, es especialmente claro que resulta imposible desarticular – usando sólo medios de persecución criminal y duraderamente – una organización multicéntrica y carente de una verdadera estructura funcional en su conjunto.”*<sup>239</sup>

Nesse sentido, uma vez que o fenômeno terrorista não se consubstancia unicamente em uma questão penal, resolúvel pela atuação do Direito Penal isolado, dada a sua natureza de extrema complexidade, Luigi Ferrajoli destaca a necessidade conjunta de medidas de política internacional bem coordenadas, a fim de que se combata, bem como se previna, os atos terroristas.<sup>240</sup>

Dessarte, na tentativa de combate ao terrorismo, não se mostra a melhor solução elevar o fenômeno terrorista a uma questão de guerra, considerando o agente terrorista como um combatente beligerante e não como um criminoso. Como já referido, o tratamento do terrorismo como se ato de guerra fosse apenas alimenta ainda mais o próprio terrorismo, na medida em que colabora veemente com a disseminação do sentimento de terror nas pessoas.

Ao revés, deve-se primar pela aplicação do Direito Penal comum, com o respeito aos limites impostos por um Estado Democrático de Direito, aliada, ainda, a uma ação

<sup>238</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010, p. 140-141 e 145.

<sup>239</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injunto*. Madrid: Editora Reus, 2010, p. 61

<sup>240</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. 2. Teoria della democrazia. Itália, Bari: Edizioni Laterza, 2007, v. 2, p. 507.



policial coordenada internacionalmente, a fim de que se estabeleçam estratégias de investigação do grupo terrorista e de neutralização do seu exercício.

### 3. COMENTÁRIOS À LEI ANTITERRORISMO

A Lei n. 13.260/16, publicada em 16 de março de 2016, também conhecida como Lei antiterrorismo, representou o atendimento, com certo atraso, ao mandado constitucional de criminalização estampado no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal<sup>241</sup>, que equiparou o terrorismo aos crimes hediondos, estendendo àquele as mesmas vedações previstas a estes.

Os mandados constitucionais de criminalização, denominação convencionalizada pela doutrina, indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas sim a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens jurídicos ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral, conforme preceitos constitucionais.

Nas lições de Luciano Feldens, o mandado constitucional de criminalização "*centra-se, a princípio, em uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente*".<sup>242</sup>

Saliente-se que, até a edificação da Lei n. 13.260/16, as únicas previsões acerca do terrorismo, no âmbito infraconstitucional, encontravam-se no artigo 20, da Lei n. 7.170/83<sup>243</sup>, conhecida como Lei de Segurança Nacional, e no art. 1º, §1º, II, da Lei n. 12.850/13<sup>244</sup>, denominada Lei de Organizações Criminosas.

Contudo, os referidos dispositivos citam o termo "ato de terrorismo" de forma vaga e lacônica, deixando de precisar o que vem a ser, por certo, o terrorismo. Assim, até o

---

<sup>241</sup> Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;"

<sup>242</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 50.

<sup>243</sup> Art. 20, da Lei n. 7.170/83: "Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas."

<sup>244</sup> Art. 1º, §1º, II, da Lei n. 12.850/13: "Esta lei se aplica também: às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos."

advento da Lei Antiterrorismo, verificava-se uma flagrante inércia por parte do legislador ordinário em relação ao mandado de criminalização consubstanciado no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Diante da inequívoca decisão do Estado brasileiro no sentido de conferir um tratamento penal ao fenômeno do terrorismo, com a criação de um complexo normativo voltado a esse fim, mostra-se relevante o estudo crítico e detalhado da Lei. 13.260/16, de 16 de março de 2016, o que será feito nos parágrafos subsequentes.

### **3.1. Elemento estrutural**

O artigo 2º, da Lei n. 13.260/16, a fim de conceituar o terrorismo, utiliza-se das duas classes de características comumente identificadas pela doutrina e já mencionadas em oportunidade anterior. De um lado, indica aspectos que dizem respeito ao elemento estrutural, destacando a forma de configuração do terrorismo; e, de outro, indica aspectos relativos ao elemento teleológico, cujo enfoque corresponde aos objetivos traçados por quem pratica o ato, nos seguintes termos:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares,

instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

No que concerne ao elemento estrutural, as condutas típicas capazes de ensejar o terrorismo estão estabelecidas nos incisos do §1º, do artigo 2º, da Lei. Trata-se, pois, de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, o que significa dizer, de acordo com Rogério Greco, que a ocorrência de mais de uma dessas condutas, no mesmo contexto fático, caracterizará tão somente crime único, não havendo que se falar em concurso de infrações penais.<sup>245</sup>

Ressalte-se que muitas das condutas indicadas no referido artigo já são incriminadas de forma autônoma pelo Direito Penal, a exemplo da conduta de portar explosivos, que encontra previsão no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03.<sup>246</sup> Nesses casos, aplica-se o princípio da consunção, segundo o qual o crime-fim (terrorismo) restaria por absorver os delitos correspondentes à fase necessária de sua consumação, em observância ao princípio do *non bis in idem*.

No entanto, em seu preceito secundário, o art. 2º dispõe que a pena é de "*reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou violência*". Ou seja, nas hipóteses em que se observar o emprego de ameaça ou violência, ocorrerá uma

<sup>245</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2012, p. 32.

<sup>246</sup> "Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;"

verdadeira concorrência de leis, devendo-se aplicar o tipo penal referente à ameaça ou à violência concomitantemente ao tipo penal de terrorismo.

Nesse ponto, critica-se veemente o afastamento do já mencionado princípio da consunção. Ora, se os crimes-meios (violência ou grave ameaça) mostram-se um rito de passagem necessário para a prática do crime-fim (terrorismo), não deveria admitir-se a dupla incriminação do autor que pratica o terrorismo nessas circunstâncias, sob pena de violação ao princípio do *non bis in idem*.

Da leitura dos incisos I a V, do §1º, do artigo 2º, da Lei, extraem-se as condutas por meio das quais o ato terrorista será praticado, devendo-se ter sempre em mente que a exposição a perigo de pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública, prevista no *caput* do art. 2º, é exigida para a configuração do crime de terrorismo, na forma de qualquer dos seus incisos.

O inciso I <sup>247</sup>, da Lei, refere-se a substâncias danosas em geral, como "*explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou demais meios que possam causar danos ou promover destruição em massa*", sendo certo que se está diante de um rol meramente exemplificativo.

No inciso em questão, são adotadas figuras criminais de mera conduta ("*usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo*"), isto é, crimes em que o comportamento do agente, por si só, configura o crime, independentemente de qualquer alteração no mundo exterior. Ocorre a consumação do crime, pois, com o simples agir previsto no tipo, não se exigindo qualquer resultado naturalístico. <sup>248</sup>

Note-se, com isso, a presença de um Direito Penal voltado à tutela do futuro, apresentando a norma um viés preventivo, a fim de se evitar danos incorrigíveis e situações catastróficas. Nesse sentido, Massimo Donini aduz que não se criminalizam condutas intoleráveis em si mesmas, mas sim pelas consequências que elas poderiam produzir. <sup>249</sup>

Ainda no que diz respeito ao inciso I, merece destaque a figura do bioterrorismo, espécie de terrorismo correspondente ao ataque ocorrido nos Estados Unidos da América em 2001, após o atentado praticado em 11 de setembro do mesmo ano, em que foram

---

<sup>247</sup> "I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;".

<sup>248</sup> GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2012, p. 247.

<sup>249</sup> DONINI, Massimo. *El derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. Perú: ARA Editores, 2010, p. 33.

enviadas cartas a pessoas e agências de notícias, contendo em seu interior um pó químico venenoso, causando a morte ou a infecção de alguns indivíduos.

Os incisos II<sup>250</sup> e III<sup>42</sup> foram vetados quando da sanção da Lei Antiterrorismo. Em relação à redação do inciso III, havia a previsão do que se denomina, no mundo moderno, de ciberterrorismo, que, nas lições de Mariona Llobet Anglí, constitui-se pelo uso da tecnologia com o objetivo de disseminar um estado psíquico de terror na população.<sup>251</sup>

Por fim, o inciso IV <sup>252</sup> estabelece como conduta-meio para a prática do terrorismo aquela referente à sabotagem ou apoderamento de serviços, apresentando um rol extenso de possibilidades para a sua incidência. Já o inciso V <sup>253</sup> traz tão somente a alusão ao atentado contra a vida ou a integridade física de pessoa.

Frise-se que, para que os incisos supramencionados sirvam à tipificação do crime de terrorismo, devem estar combinados aos requisitos essenciais dispostos no *caput* do artigo 2º, da Lei, relativos às motivações e à finalidade dos atos, a serem estudadas no tópico seguinte, bem como à exposição a perigo de pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública.

Na Lei em análise, não há referência alguma à necessidade de uma estrutura de grupo para a prática das condutas descritas nos incisos I a V, do §1º, do artigo 2º. Muito pelo contrário: no *caput* do referido artigo, faz-se menção à prática do ato de terrorismo "(...) *por um ou mais indivíduos (...)*", o que evidencia a opção do legislador brasileiro pela aceitação da figura do terrorismo individual.

\

Contudo, defendeu-se, em momento antecedente do trabalho, a impossibilidade do chamado terrorismo individual, em razão de derivar da própria dimensão da mensagem do

---

<sup>250</sup> "II – incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado;" <sup>42</sup> "III – interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados;"

<sup>251</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010, p. 85.

<sup>252</sup> "IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

<sup>253</sup> "V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa."

terrorismo a sua necessária qualificação organizacional, havendo uma incapacidade de o agente isolado atingir toda a amplitude abarcada pelo terrorismo. A nosso ver, somente as ações praticadas por um grupo organizado poderiam ensejar uma significação política considerável, de modo a caracterizar o fenômeno do terrorismo.

### 3.2. Elemento teleológico

Adentrando na análise do elemento teleológico do terrorismo, o *caput* do art. 2º, da Lei 13.260/2016, aponta, em sua redação, as motivações exigíveis para que se configure o ato de terrorismo, bem como o objetivo ou a finalidade que deve se fazer presente no mesmo ato.

Para o filósofo José Ferrater Mora, a motivação do ato consiste puramente na circunstância subjetiva que faz mover a vontade.<sup>254</sup> A título de exemplo, a insatisfação de um indivíduo em razão do crescente número de imigrantes em seu país pode servir como força motriz para a tomada de alguma medida, que poderá se consubstanciar em um ato de terrorismo.

Já por objetivo ou finalidade, diversamente, entende-se o resultado pretendido pelo cometimento do ato terrorista. Tomando como exemplo o mesmo caso anterior, pode-se imaginar o objetivo político da conduta como sendo o de coagir o Estado a alterar a sua forma de tratamento para com os cidadãos estrangeiros que desejem entrar em seu território.

Em relação às motivações do ato terrorista, compulsando o art. 2º, da Lei n. 13.260/2016, resta claro que legislador exige a natureza discriminatória dessas motivações para a tipificação do terrorismo, ao referir que o terrorismo consistirá em atos praticados "(...) *por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião* (...)".

No tocante à finalidade do ato, a Lei em exame não faz alusão, de forma expressa, à finalidade eminentemente política do ato de terrorismo, sustentada exaustivamente em linhas precedentes, limitando-se o art. 2º a estabelecer como finalidade do crime de terrorismo "*provocar terror social ou generalizado*".

Deveras, a provocação do terror social ou generalizado corresponde a um objetivo característico do terrorismo. No entanto, trata-se de um objetivo imediato, sendo certo que o terrorismo também deve atingir a uma finalidade política, em comunicação com entes

---

<sup>254</sup> FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofia*. 5. Ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964. Tomo 2, p. 236.



públicos, considerada essa finalidade como seu objetivo final ou mediato, embora, aparentemente, ausente do dispositivo legal.

### **3.3. Causa de exclusão do crime**

Como já explanado em oportunidade passada, os atos terroristas não se confundem com as manifestações sociais, mesmo quando estas se utilizam de meios desproporcionais, incompatíveis ou inadequados a sua finalidade, na medida em que não satisfazem todos os requisitos necessários à configuração do terrorismo.

A mensagem da manifestação social, diferentemente daquela emitida pelo terrorismo, tende a ser enviada diretamente ao Estado, sem perpassar pela ocorrência do fenômeno comunicacional, capaz de abalar a estrutura psíquica de uma sociedade. Não se observa, portanto, nas manifestações sociais, o ataque indiscriminado à população, com o objetivo inequívoco de causar terror generalizado, elementos essenciais à tipificação do terrorismo.

Por essa razão, o §2º, do artigo 2º, da Lei Antiterrorismo<sup>255</sup>, afasta cabalmente a aplicação do tipo penal de terrorismo à conduta individual ou coletiva de pessoas no contexto de manifestações diversas, resguardando o livre exercício de manifestação e evitando futuros enquadramentos equivocados do tipo penal de terrorismo. Todavia, ao final do dispositivo legal, há ressalva quanto à possibilidade de responsabilização criminal por outros fatos criminosos eventualmente praticados no ato.

Destarte, o problema da criminalização de manifestações sociais como atos de terrorismo será resolvido, via de regra, no âmbito da tipicidade, quando se poderá afastar a incidência da Lei n. 13.260/2016, pela ausência de algum elemento essencial do crime de terrorismo.

### **3.4. Favorecimento pessoal no delito de terrorismo**

Prosseguindo no exame dos dispositivos da Lei Antiterrorismo, o artigo 3º estabelece o crime de favorecimento pessoal no terrorismo, punindo as condutas de *"Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista"*.

---

<sup>255</sup> "§2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei."

O referido artigo segue a tendência amplamente criticada pela doutrina penal, adotando o que se convencionou chamar de “Direito Penal do autor”, afastando-se do paradigma da punição pela prática de um fato e se aproximando da ideia de punição de um simples *status* do sujeito, como o pertencimento a um grupo determinado. Para Claus Roxim, esse modelo de criminalização próprio do Direito Penal do autor é propulsionado pela preocupação em se evitar futuros delitos.<sup>256</sup>

Convém registrar que a punição de atos que não necessitam de resultado material reveste de técnica legislativa já conhecida no sistema penal brasileiro, em que se pune o fato de o agente integrar a organização que tenha como finalidade a prática de crimes. É o que ocorre, por exemplo, com o disposto no artigo 288, do Código Penal, correspondente ao crime de associação criminosa, assim como com o disposto na Lei 12.850/2013, consistente em integrar organização criminosa.

Mesmo que a referida organização e o agente não venham a praticar delitos, finalidade precípua da organização ou associação, o simples fato de integrar esta já configura delito punível em nosso ordenamento, haja vista o perigo representado por esta forma de agrupamento. O simples *animus associandi* já conduz à lesão a bem jurídico, sendo, por isso, merecedor de tipificação autônoma.<sup>257</sup>

Empregando a mesma sistemática, a Lei 13.260/2016 prevê a punição ao agente que integre organização destinada a prática de atos terroristas, por entender o legislador que a formação de uma organização terrorista equivale a um comportamento grave o suficiente para justificar tipificação autônoma e independente dos delitos visados por ela.

### **3.5. Atos preparatórios do crime de terrorismo**

É digna de especial relevo a modalidade de terrorismo prevista no artigo 5º, da Lei 13.260/16, que traz a possibilidade de adiantamento da intervenção penal, permitindo a punição dos atos preparatórios, o que conduz à tentativa de implementação de um Direito Penal voltado ao futuro, de caráter preventivo ao fato punível.

Dispõe o *caput* do artigo 5º<sup>258</sup> que será considerado como crime, inclusive, a prática pelo agente de atos preparatórios ao terrorismo, estabelecendo para a sua caracterização

<sup>256</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. *La Estructura de la Teoría Del Delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 177.

<sup>257</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – parte geral (arts. 1º ao 120)*. – 3ª Ed. Vol. Único. Editora Juspodivm, 2015.

<sup>258</sup> “Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.”.

a demonstração clara e inequívoca da intenção do agente de consumação do delito, sendo que a pena, nestes casos, será diminuída de um quarto até a metade.

Note-se que o legislador quis evitar que fosse passível de punição o agente tão somente a partir do início da execução de atos materiais destinados à realização do ato ilícito. Ao contrário, antecipou-se na configuração do delito, punindo o ato preparatório ao terrorismo, mesmo antes do início de qualquer ato executório, desde que demonstrado o propósito de consumir o crime.

É bom frisar que não se trata de tentativa do delito, mas sim de tipo penal autônomo, punível por si só. Lembre-se de que, para a configuração do crime tentado, faz-se necessário que o agente tenha iniciado a prática de atos executórios, mas, por circunstância alheia a sua vontade, não tenha logrado êxito na consumação do delito.

Ou seja, na tentativa, o agente já ultrapassou a fase preparatória, tendo dado início aos atos de execução, com a realização material das elementares descritas no tipo penal, diversamente do que ocorre com a modalidade de terrorismo que pune a preparação para a realização das condutas previstas no artigo 2º, §1º, da Lei n. 13.260/16.

Com o advento da Lei antiterrorista, emergem muitas correntes doutrinárias discordando da criminalização dos atos preparatórios aqui expostos, sob a alegação de que estaria sendo violado o princípio da ofensividade, inerente ao direito penal, assim como de que poderia se estar priorizando o Direito Penal do autor em face do Direito Penal do fato.

Nesse sentido, Enrique Bacigalupo critica duramente a concepção de “punição de ato preparatório”. Segundo o entendimento do autor, não se pode falar em punição de ato preparatório ao crime, pois, optando o legislador por tipificar “ato preparatório”, o mesmo passaria, então, a ser considerado verdadeiro ato de execução.<sup>259</sup>

*Data venia*, parece que a tipificação de atos preparatórios de terrorismo mostra-se, em verdade, adequada e proporcional, tendo em vista não estarmos diante de crimes comuns, mas sim de condutas que, não raras vezes, abalam a estrutura psíquica de toda uma sociedade, merecendo, portanto, atenção especial e a adoção de mecanismos próprios para que sejam, ao máximo, evitadas.

Com efeito, o combate ao terrorismo deve escapar dos sistemas clássicos de punição, havendo a necessidade de se buscar instrumentos efetivos de controle destes

---

<sup>259</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 2. Ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1999, p. 462-463.

atos. Evidentemente, deve-se manter a dignidade da pessoa humana e todas as garantias constitucionais, penais e processuais penais do sujeito incriminado, haja vista que o contrário é rechaçado por nosso ordenamento constitucional.

É bem verdade que, no que tange à antecipação da punibilidade do agente, a Lei n. 13.260/16 aproxima-se de um direito penal do inimigo, sustentado por Gunter Jakobs, eis que não se espera a realização efetiva do fato material, sendo a sua preparação já considerada como ilícito penal. Nas palavras de Jakobs:

Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo. O que, no caso dos terroristas – em princípio, adversários – pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referencia as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, (...) <sup>260</sup>

Urge ressaltar que não se quer defender a toda razão a doutrina do direito penal do inimigo, na forma como preconizada por Jakobs. No entanto, não há como se negar que a antecipação da configuração do delito de terrorismo mostra-se, a princípio, condizente com a gravidade e a complexidade do crime em questão.

No §1º <sup>261</sup>, do artigo 5º, da Lei n. 13.260/16, estabelece-se a punição do recrutamento, organização, transporte e municiamento de indivíduos que viagem de seu país de origem a país diverso, bem como o fornecimento ou recebimento de treinamento em país diverso daquele de residência ou nacionalidade do agente, ambas as incriminações dependentes da demonstração da intenção de prática de atos terroristas.

Por fim, encerrando a análise da redação polêmica do art. 5º, da Lei n. 13.260/16, quando o ato criminoso previsto no §1º <sup>262</sup> não envolver países distintos, mas permanecer em um âmbito nacional, haverá a incidência do § 2º do mesmo artigo, da Lei.

### **3.6. Financiamento do terrorismo**

---

<sup>260</sup> JAKOBS, Gunter. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2ª Ed. Tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Editora: Livraria do Advogado. 2007, p. 44.

<sup>261</sup> “§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo: I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

<sup>262</sup> “§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.”

Como é patente, a organização terrorista demanda aporte financeiro para o planejamento, a preparação ou a execução de suas empreitadas criminosas. Na tentativa de combate efetivo ao terrorismo, que depende de investimentos financeiros para a sua realização, buscou o legislador impedir que tais recursos cheguem até o grupo terrorista.

A resposta penal destinada ao financiamento do terrorismo está prevista no artigo 6º, da Lei n. 13.260/16, punindo o recebimento, a promoção, a oferta, a obtenção, a guarda, o depósito, a solicitação e o investimento de qualquer natureza reservado ao planejamento, à preparação ou à execução dos crimes previstos na Lei em tela.<sup>263</sup>

Também incorrerá, nas mesmas penas, quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, manter em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos na Lei em exame.<sup>264</sup>

Saliente-se que, para a configuração do crime de financiamento do terrorismo, não importa a prática ou não do ato terrorista em si, bastando o desempenho de uma das diversas condutas assinaladas no *caput* do artigo 6º, bem como em seu parágrafo único, da Lei n. 13.260/16.

### **3.7. Causa especial de aumento de pena**

O artigo 7º, da Lei antiterrorismo, prevê uma causa especial de aumento de pena para os crimes anteriormente previstos, em razão de eventual produção de lesão corporal grave ou morte, salvo quando tais resultados constituírem elementares da prática do crime.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> "Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei: Pena - reclusão, de quinze a trinta anos."

<sup>264</sup> "Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, manter em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei."

<sup>265</sup> "Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço, se resultar morte, aumenta-se a pena da metade."

A ressalva feita pelo legislador no início da redação do artigo 7º (*"Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nessa Lei"*) impossibilita a sua incidência no delito de terrorismo consubstanciado no artigo 2º, que já prevê como modalidade do crime, em seu inciso V, *"atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa"*.

Importa anotar que, ainda que não existisse a previsão do inciso V, do artigo 2º, da Lei, ou a ressalva do artigo 7º, levando-se em consideração a gravidade inerente ao crime de terrorismo, mostrar-se-ia desarrazoado o aumento de pena em caso de observância dessas circunstâncias – lesão corporal grave ou morte.

Ora, em atos de terrorismo, ao menos um desses resultados normalmente se faz presente, vez que, como já elucidado em tópico anterior, o terrorismo deverá, necessariamente, atingir os bens jurídicos essenciais ao homem, como a vida e a integridade física. Não se trata o resultado morte ou lesão corporal grave, pois, de uma excepcionalidade, mas de uma circunstância corriqueira no crime em estudo.

### **3.8. Antecipação da desistência voluntária e do arrependimento eficaz**

Outra inovação trazida pela Lei n 13.260/16 corresponde à antecipação dos institutos conhecidos como desistência voluntária e arrependimento eficaz, previstos no art. 15, do Código Penal <sup>266</sup>. Dispõe o art. 10, da Lei Antiterrorismo <sup>267</sup>, que, mesmo na hipótese de atos preparatórios de terrorismo, estabelecida pelo art. 5º, da Lei, aplicam-se as disposições do art. 15, do Código Penal.

O detalhe fundamental, quando do estudo da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, é que se exige que o agente já tenha ingressado na fase dos atos de execução. No primeiro caso, o agente se encontra, ainda, praticando atos de execução e, voluntariamente, interrompe-os. No segundo caso, o agente pratica todos os atos de execução que entende como suficientes e necessários à consumação da infração penal, mas arrepende-se e impede a produção do resultado. <sup>268</sup>

Percebe-se que o art. 10, da Lei n. 13.260/16, anuncia uma hipótese de antecipação do marco inicial da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, restando a chamada

---

<sup>266</sup> "Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados."

<sup>267</sup> "Art. 10. Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal."

<sup>268</sup> GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2012, p. 271.



ponte de ouro <sup>269</sup> habilitada desde antes dos atos de execução, ainda durante os atos preparatórios, o que amplia a incidência do benefício de política criminal.

Assim, se, por exemplo, um terrorista compra artefatos explosivos, preparando um futuro ato terrorista, mas desiste de prosseguir naquela preparação, não responderá pelo art. 5º, da Lei n. 13.260/16, mas apenas pelos atos já praticados – no caso, posse de artefatos explosivos –, em razão da aplicação do instituto da desistência voluntária, nos termos do art.10, da Lei. Antecipa-se, pois, a denominada ponte de ouro.

### **3.9. Competência investigativa e para processo e julgamento**

O art. 11, da Lei n. 13.260/16, estabelece a competência investigativa da Polícia Federal e a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes de terrorismo, previstos nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º, da Lei, pois, para todos os efeitos, observar-se-ia presente o interesse da União.

O referido dispositivo, no entanto, vem sendo alvo de severas críticas, havendo, inclusive, entendimento doutrinário no sentido da sua inconstitucionalidade, vez que não poderia a lei presumir o interesse da união quando da prática de um crime de terrorismo. Em verdade, não necessariamente a prática terrorista irá representar interesse da União. Este, previsto no artigo 109, IV, da CF, deve ser demonstrado “de fato” ou “in concreto”, e não imposto abstratamente pela lei ordinária.

Registre-se que nem mesmo a previsão em tratado internacional do crime de terrorismo é suficiente para estabelecer, por si só e de plano, a competência Federal com base no artigo 109, V, da CF, sendo certo dever ser constatada repercussão internacional no caso em concreto. Não por outra razão é que não são todos os ilícitos previstos em tratados internacionais (v.g. tortura, violência doméstica e familiar contra a mulher, tráfico de drogas, etc.) de competência da Justiça Federal e atribuição da Polícia Federal.

No sentido de se exigir repercussão internacional a justificar a atração da competência da Justiça Federal, Edilson Mougnot Bonfim aduz que *“para que se atraia a competência da Justiça Federal, é necessário que a prática de crime previsto em tratado ou*

---

<sup>269</sup> Para Franz Von Liszt, pode a lei “por considerações de política criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passível de pena”. (VON LISZT, Franz *apud* GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2012, p. 266).

*convenção internacional extrapole a mera repercussão interna, atingindo patamares internacionais”.*<sup>270</sup>

Ressalte-se, ainda, que eventual violação aos direitos humanos também não implica, automaticamente, a competência da Justiça Federal, pois deve haver a inércia ou ineficácia dos órgãos estaduais, bem como a representação do Procurador Geral da República devidamente acatada pelo STJ, para que se processe o respectivo incidente de deslocamento de competência, nos estritos termos do artigo 109, § 5º, da CR/88.

Nessa exata acepção, Hidejalma Muccio dispõe que:

Há necessidade de que se demonstre, concretamente, que o Estado – membro, por suas instituições, em razão da inércia, da negligência, ou por falta de vontade política, ou até mesmo por falta de condições materiais e reais, não possa se desincumbir da tarefa persecutória satisfatoriamente, havendo risco de descumprimento de obrigações firmadas pelo Brasil em tratados internacionais.<sup>63</sup>

Isto posto, inobstante o disposto no artigo 11, da Lei antiterrorismo, a atribuição e competência Federal para, respectivamente, investigar e processar e julgar o terrorismo somente se dará quando, concretamente, for verificada alguma motivação constitucionalmente prevista para tanto, sendo a atribuição e a competência, em regra, da seara estadual.

No entanto, isso certamente não se pode firmar por mera injunção dogmática. Aos tribunais e, mais especificamente, ao STF, cabe firmar esse entendimento, sendo dada a interpretação do artigo 11, da Lei 13.260/16, conforme a Constituição, ou mesmo declarando-se a sua inconstitucionalidade. Enquanto isso não acontece, a questão, a princípio, é de atribuição da Polícia Federal, na fase investigatória, e de competência da Justiça Federal, na fase processual.

### **3.10. A hediondez do crime de terrorismo**

Como já mencionado anteriormente, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII<sup>271</sup>, determinou serem equiparados a crime hediondo, sofrendo as mesmas

<sup>270</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 274. <sup>63</sup> MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467.

<sup>271</sup> Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”.

consequências e o mesmo tratamento deste, o tráfico ilícito de entorpecentes e droga afins, a tortura e o terrorismo.

Com o advento da Lei n. 13.260/16, dúvida logo emergiu em relação a qual ou quais dos crimes previstos na referida Lei é ou são equiparados aos crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da CF, surgindo na doutrina dois entendimentos diversos quanto ao ponto.

Uma primeira corrente, aderida por Renato Brasileiro, adotando uma visão restritiva, sustenta que apenas os crimes elencados pelo art. 2º, § 1º, da Lei antiterrorismo, que consistem, de acordo com o texto do dispositivo, em atos de terrorismo, seriam equiparados aos crimes hediondos, sofrendo os consectários da Lei n. 8.072/90 – Lei dos crimes hediondos.<sup>272</sup>

Já uma segunda corrente, defendida por Rogério Sanches, é no sentido de que todos os crimes previstos na Lei n. 13.260/16 devem ser equiparados aos delitos hediondos. Isso porque a Constituição Federal equipara aos crimes hediondos não os atos terroristas, mas sim o terrorismo, seja este estampado em atos, no financiamento da atividade, em atos preparatórios ou em qualquer outra modalidade.

Segundo o mencionado autor, a Lei n. 13.260/16 é uma norma de regência, encerrando, pois, tipos penais abrangidos por uma mesma matéria – o terrorismo. Assim sendo, há terrorismo em todos os tipos penais incriminadores com previsão na Lei, que, frise-se, é uma lei antiterrorismo, devendo combater todos os comportamentos atinentes ao terrorismo.<sup>273</sup>

De mais a mais, não parece razoável equiparar a crime hediondo o artigo 2º, § 1º, da Lei 13.260/16, que trata dos atos de terrorismo, e não equiparar a crime hediondo o art. 6º, da mesma Lei, que dispõe acerca do financiamento do terrorismo, punindo mais severamente o agente, com pena de reclusão de quinze a trinta anos.

Como se não bastasse, o artigo 17<sup>274</sup>, da Lei 13.260/16, determina a aplicação da Lei 8.072/90 – Lei dos crimes hediondos – “*aos crimes previstos nesta Lei*” e não apenas

<sup>272</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2022, p. 1008.

<sup>273</sup> Chat realizado na Especialização em Ciências Criminais da Estácio em parceria com o CERS, conduzido pelo professor Rogério Sanches. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=ZvYmIS7XfXU>>. Acesso em: 12/06/2022.

<sup>274</sup> “Art. 17. Aplicam-se as disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei.”

aos crimes definidos pelo art. 2º, § 1º, da Lei. Se quisesse o legislador restringir a incidência da Lei 8.072/90, certamente o faria de maneira expressa.

### **3.11. Admissibilidade da prisão temporária nos crimes de terrorismo**

A prisão temporária consiste em espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo determinado de duração, quando preenchidos os requisitos do art. 1º, da Lei n. 7.960/89, objetivando assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves.<sup>275</sup>

O artigo 18, da Lei n. 13.260/16, alterou a Lei n. 7.960/89 - Lei sobre prisão temporária -, para permitir essa modalidade de prisão aos crimes previstos na Lei

Antiterrorismo, acrescentando a alínea "p" ao rol de crimes passíveis de prisão temporária do inciso III, do art. 1º, da Lei n. 7.960/89.

Em verdade, desde o advento da Lei 8.072/90 – Lei de crimes hediondos –, a prisão temporária já era cabível em relação aos crimes hediondos e equiparados, a exemplo do terrorismo. Isso porque a lei dos crimes hediondos, em seu art. 2º, § 4º, passou a dispor que a prisão temporária, "*nos crimes previstos neste artigo*", terá prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Portanto, a alteração da Lei n. 7.960/89, pela Lei Antiterrorismo, não representou propriamente uma novidade, vez que, já a partir da Lei n. 8.072/90, a prisão temporária passou a ser autorizada não só no tocante aos crimes previstos no inciso III, do art. 1º, da Lei n. 7.960/89, como também no tocante aos crimes previstos no *caput* do art. 2º, da Lei 8.072/90, quais sejam, os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo).<sup>276</sup>

### **3.12. Aplicação da Lei de Organização Criminosa no crime de terrorismo**

Finalmente, o artigo 16<sup>277</sup>, da Lei antiterrorismo, determina a aplicação extensiva da Lei n. 12.820, Lei de Organizações Criminosas, para fins de investigação, processo e

<sup>275</sup> FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

<sup>276</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017, p.1009.

<sup>277</sup> "Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei."

juízo de julgamento dos crimes de terrorismo. O art. 19<sup>278</sup>, da Lei, ainda, altera a referência da Lei de Organizações Criminosas em sua menção ao terrorismo.

Com isso, todas as ferramentas de investigação e instrução com previsão na Lei de Organizações Criminosas, com destaque para a colaboração premiada (art. 4º), a ação controlada (art. 8º) e a infiltração de agentes (art. 10º), serão igualmente empregadas nos crimes previstos na Lei Antiterrorismo, não importando a modalidade de terrorismo. A colaboração premiada, na lição de Renato Brasileiro:

(...) é uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento em ato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.<sup>279280</sup>

Já no tocante à ação controlada, faz o autor as seguintes considerações:

A depender do caso concreto, é estrategicamente mais produtivo, sob o ponto de vista da colheita de provas, evitar a prisão prematura de integrantes menos graduados de determinada organização criminosa, pelo menos num primeiro momento, de modo a permitir o monitoramento de suas ações e subsequente identificação e prisão dos demais membros, notadamente daqueles que exercem o comando da *societas criminis*. Exsurge daí a importância da chamada *ação controlada*, que consiste no retardamento da intervenção do aparato estatal, que deve ocorrer num momento mais oportuno sob o ponto de vista da investigação criminal.<sup>281</sup>

Em relação à infiltração de agentes, Renato Brasileiro esclarece que:

---

<sup>278</sup> "Art. 19. O art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, passa a vigorar com a seguinte alteração:

'Art.1º .....

§2º .....

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.'".

<sup>279</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017, p.

<sup>280</sup> .

<sup>281</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017, p. 813.

Integrantes da estrutura dos órgãos policiais, o agente infiltrado é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação.<sup>282</sup>

## CONCLUSÃO

A definição de terrorismo corresponde a uma tarefa extremamente difícil no cenário mundial, seja em razão da alta complexidade do fenômeno, seja pela possibilidade de sua manifestação de diversas formas, a depender de fatores culturais de uma determinada localidade e do período histórico considerado. Está-se, pois, diante, da inexistência de um conceito universal de terrorismo, o que parece ser, inclusive, impossível de se alcançar.

A partir da análise cuidadosa dos elementos comumente apontados pela doutrina como constitutivos do terrorismo, resta claro que não se está à frente de uma delinquência comum ou dita normal, mas sim de um crime que apresenta características bastante peculiares, como a finalidade eminentemente política do ato, a existência de uma organização, que confere especial periculosidade às condutas, e a intimidação massiva, que incrementa o injusto pela despersonalização das vítimas.<sup>283</sup>

À vista disso, deve o Direito Penal incidir nos casos de terrorismo, tipificando adequada e proporcionalmente cada conduta e empregando instrumentos efetivos de controle, a fim de que os atos delituosos sejam, ao máximo, evitados. Evidentemente, deve-se observar o sistema constitucional-penal vigente, para que se preserve a dignidade da pessoa humana e todas as garantias constitucionais, penais e processuais penais do sujeito incriminado.

Mais do que isso seria, como já referido, alimentar o próprio terrorismo, vez que a opção por medidas extremadas de repressão, como aquelas próprias dos atos de guerra, provoca, na realidade, o agravamento da situação a que se quer repelir, encontrando o ato terrorista na própria ideologia agressiva de seu combate um fator que contribuirá com a criação da atmosfera de pânico pretendida.

O legislador, com a edição da Lei n. 13.260/16, publicada em 16 de março de 2016, também conhecida como Lei antiterrorismo, cumpriu, finalmente, o mandado

<sup>282</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017, p. 818.

<sup>283</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010, p.196-197.



constitucional de criminalização estampado no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal<sup>284</sup>, que equiparou o terrorismo aos crimes hediondos, estendendo àquele as mesmas vedações previstas a estes.

É bem verdade que a Lei apresenta algumas falhas, como: (i) a previsão, no preceito secundário do seu art. 2º, da aplicação do tipo penal referente à ameaça ou à violência concomitantemente ao tipo penal de terrorismo, afastando o princípio da consunção; (ii) a ausência de previsão expressa, em seu art. 2º, da finalidade eminentemente política do ato, característica essencial do terrorismo; e (iii) a determinação, em seu art. 11, da competência investigativa da Polícia Federal e a competência para processo e julgamento da Justiça Federal, presumindo, em todo e qualquer caso de terrorismo, o interesse da União, que, no entanto, deve ser demonstrado “de fato” ou “in concreto”.

A despeito das referidas imperfeições, a Lei n. 13.260/16 representou avanços louváveis, sobretudo em razão da preocupação do legislador em definir o que vem, por certo, a ser o ato terrorista, prevendo penas graves para quem incorrer nessa situação. Da mesma forma, fê-lo para aqueles que se associarem para o cometimento de tais atos e para aqueles que, direta ou indiretamente, financiarem essas atividades.

No que diz respeito à criminalização dos atos preparatórios do terrorismo, apesar das duras críticas recebidas pela Lei nesse ponto, parece-nos que a antecipação da configuração do terrorismo é condizente com a notória gravidade do delito, tendo em vista não estarmos diante de crimes comuns, mas sim de condutas que, não raras vezes, abalam a estrutura psíquica de toda uma sociedade, fazendo-se necessária, pois, a adoção de mecanismos efetivos de combate do fenômeno em tela.

Com efeito, a partir do advento da Lei Antiterrorismo, abre-se a possibilidade do aperfeiçoamento da legislação brasileira no que concerne ao tratamento de um evento de escala global, de constante mutação e de rumos imprevisíveis. A tendência é que a legislação acompanhe a evolução do terrorismo, de modo a se manter eficiente e eficaz na luta contra o mesmo.

Por fim, espera-se que a aplicação da Lei não se mostre necessária tão cedo, mas o cenário mundial atual, em que se verificam, reiteradamente, atentados terroristas violentos, marcados pela instrumentalização de vítimas diretas e indiretas, sobretudo no Oriente

---

<sup>284</sup> Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”.

Médio e na Europa, não permite ao Brasil ter uma visão passiva e romântica em relação ao que ocorre além de suas fronteiras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROYO ZAPATERO, L., 1985 *apud* CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editora Colex, 2008.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 2. Ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1999.

BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. *O terrorismo na Constituição brasileira e seu tratamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

*Convenção Interamericana contra o terrorismo*: ratificada em 26 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/conv\\_interam\\_contra\\_terrorismo.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/conv_interam_contra_terrorismo.pdf)>. Acesso em: 25/04/2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – parte geral (arts. 1º ao 120)*. – 3ª Ed. Vol. Único. Editora Juspodivm, 2015.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y derecho penal: estudios*. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

DONINI, Massimo. *El derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. Perú: ARA Editores, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. 2. Teoria della democrazia. Itália, Bari: Ediroti Laterza, 2007, v. 2.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofia*. 5. Ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964.

FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GABELLINE, Rogério Batista. *O delito de terrorismo no Ordenamento Penal Lei n. 13.260/2016*. Campinas: Millennium, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2012.

GRUPO DE ESTUDIOS de Política Criminal. *Uma alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*. Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal 2008. v. 9.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In:

BUSTOS RAMIREZ, Ruan (dir.). *Pena y Estado*. Santiago: Editora Jurídica ConoSur, 1995.

HUNGRIA, 1960 *apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradiciona*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

JAKOBS, Gunter. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2ª Ed. Tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Editora: Livraria do Advogado. 2007.

LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*. New York: Oxford University Press, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Madrid: Editora Iustel, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. *La Estructura de la Teoría Del Delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradiciona*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

VIGANÒ, Francesco. *Terrorismo, guerra e sistema penale*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v. 49, abr./jun, 2006.

VILLEGAS DÍAS, MYRNA. *Elementos para um concepto jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29 maio 2011. Disponível em: <  
<http://www.humanas.cl/wpcontent/uploads/2014/Minutas/Minutas%202010/16.%20Observatorio%20MINUTA%20CONCEPTO%20TERRORISMO%20Comision%20Mixta%2029sept2010.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

VON LISZT, Franz *apud* GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2012.

## IDEOLOGIAS DE CARL SCHMITT V. HANS KELSEN: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**CARMEN FERREIRA SARAIVA:**

Mestranda em Direito pela FUMEC. Especialização em Direito pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP. Graduação em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Funcionária Pública Federal.

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA <sup>285</sup>

**Resumo:** O constitucionalismo consolida-se nos séculos XVII e XVIII. O controle de constitucionalidade foi inaugurado em 1803 no julgamento do caso *Marbury versus Madison* nos EUA. Esses eventos contribuíram para que em 1931 houvesse um embate sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Carl Schmitt na Alemanha defende que esta função cabe ao Presidente do *Reich*. Hans Kelsen na Áustria defende que um Tribunal Constitucional com jurisdição extraordinária, independente e neutra é o órgão adequado para promover a defesa dos direitos fundamentais. Essas teorias contribuíram para o desenvolvimento da sistemática do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Controle de Constitucionalidade. Carl Schmitt. Hans Kelsen. Evolução Sistemática.

**Abstract:** Constitutionalism was consolidated in the 17th and 18th centuries. Constitutional control was inaugurated in 1803 in the *Marbury versus Madison* trial in the US. These events contributed to the 1931 clash over who should be the guardian of the Constitution. Carl Schmitt in Germany argues that this role belongs to the President of the Reich. Hans Kelsen in Austria argues that a constitutional court with extraordinary, independent and neutral jurisdiction is the appropriate body to promote the defence of fundamental rights. These

---

<sup>285</sup> Doutor em Direito pela UFMG. Especialização em Direito pela UFMG. Graduação em Direito pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor Titular da FHC e da FUMEC.

theories contributed to the development of the systematic control of the constitutionality of normative acts.

Keywords: Constitutionalism. Judicial Review. Carl Schmitt. Hans Kelsen. Systemic Evolution.

**Sumário:** Introdução. 1. Contexto Histórico. 2. Proposições de Carl Schmitt. 3. Contrarrazões de Hans Kelsen. 4. Considerações Finais. Referências

## **Introdução**

O controle de constitucionalidade tem por escopo verificar a adequação das leis e dos atos normativos, nos aspectos formais e materiais, às normas constitucionais. Nesse sentido, desde os séculos XVII e XVIII essa matéria vem sendo objeto de análises profundas culminando na quebra de paradigmas com o fenômeno de descentralização funcional do poder estatal. O controle de constitucionalidade estabelece-se pelo precedente ocorrido no julgamento em 1803 do caso *Marbury versus* Madison pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em 1931 houve o marcante embate entre Carl Schmitt na Alemanha e Hans Kelsen na Áustria de quem deve ser o guardião da Constituição: se Presidente do *Reich*, acumulando das funções executivas e legislativas ou se um Tribunal Constitucional independente, neutro e com prerrogativa judicante extraordinária, diferenciado das atribuições legislativas, executivas e jurisdicionais ordinárias, respectivamente.

Pretende-se realizar a análise pela linhas metodológicas jurídicas dogmáticas e sociológicas das teses referenciais defendidas por Carl Schmitt a partir da Constituição alemã e de Hans Kelsen com base na teoria pura do Direito e da Constituição austríaca. Amparando-se no raciocínio dialético entre estes juristas, procura-se demonstrar a proposição defendida e a contrariedade ela e finalmente constatando o que legitima cada corrente doutrinária. Tenciona-se investigar sinteticamente a evolução do constitucionalismo no espaço e no tempo procurando delimitar a discussão entre os doutrinadores decompondo a controvérsia em seus diversos aspectos.

Para alcançar o objetivo utiliza-se a pesquisa bibliográfica em conjunto com o método dedutivo e comparativo a partir do exame da legislação, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Espera-se demonstrar a importância das teorias de ambos os juristas para a evolução da sistemática do controle de constitucionalidade como técnica de limitação do poder estatal com a finalidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais que



normatizam os valores materiais compartilhados por uma sociedade e a relevância jurídica destas teorias para o direito contemporâneo.

No contexto histórico examinam-se os principais eventos históricos sobre o surgimento do constitucionalismo, que por sua vez propiciaram as divergências apresentadas em 1931 entre Carl Schmitt e Hans Kelsen de quem deveria ser o guardião da Constituição.

Busca-se demonstrar os argumentos de Carl Schmitt constantes em sua obra no sentido de que, em conformidade com sua tese antiliberal, o Presidente do *Reich* tem legitimidade para desempenhar a referida função.

Analisa-se as contrarrazões de Hans Kelsen oferecidas em face dos argumentos do seu predecessor, com base na sua Teoria Pura do Direito, manifestando-se em favor da imprescindibilidade da existência de um Tribunal com jurisdição neutro para a defesa da Constituição.

## **1. Contexto Histórico**

O constitucionalismo é o sinal distintivo delimitador do poder estatal aperfeiçoado pelo princípio da primazia da lei e “pela organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2015, p. 996).

Após o período renascentista marcado pela separação da religião e da política, esse regime estabiliza-se no século XVII na Inglaterra “quando as Cortes judiciais proclamaram a superioridade das leis fundamentais sobre o Parlamento”.

No século XVIII esse sistema firma-se nos Estados Unidos da América “quando iniciaram a codificação do direito constitucional e instituíram aquela moderna forma de Governo democrático” e na França com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A ruptura revolucionária que sucedeu na época culminou na transição da monarquia absolutista para o regime constitucional do Estado Liberal do Direito. Consolida-se o constitucionalismo contemporâneo com a “ocorrência da ideia de separação dos Poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença da democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado e a ausência do Estado no domínio econômico” (CARVALHO, 2015a, p. 267-277). O “liberalismo triunfou sobre o

absolutismo porque limitar o poder político era (e é) a própria condição da defesa da liberdade e da cidadania” (BRITTO, 2003, p. 81-82).

Com o desígnio harmônico, o sistema do ordenamento jurídico está direcionado a alcançar a concordância e a unidade. Qualquer discrepância faz irromper o instrumento de concertamento a fim de restaurar a congruência ameaçada. Essa é a natureza jurídica do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais em que se verifica a sua adequação às regras constitucionais. O escopo é fazer de cessar os efeitos daquela que é imprópria à sistemática paramétrica por força da supremacia constitucional. Em especial, destina-se à proteção dos direitos fundamentais qualificados como valores sociais distributivos (BARROSO, 2019a, p. 352-373).

O controle de constitucionalidade consagra-se no julgamento em 1803 do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em síntese pode-se historiar que o então Presidente John Adams, já no final do seu mandato nomeou, entre outros, William Marbury, para ocupar cargo de juiz, sem contudo entregar os atos da investidura aos juízes. Com a posse, o novo Presidente Thomas Jefferson determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não os empossasse mediante a recusa da apresentação dos documentos.

Com fundamento na Lei de 1789, *Judiciary Act*, que dava à Suprema Corte o poder de conceder mandados, Marbury, ajuizou ação, *writ of mandamus*, pedindo a posse no cargo de juiz. Porém o pedido foi negado com amparo no fato de que a mencionada lei é inconstitucional, por criar uma competência não prevista nas normas constitucionais. O controle de constitucionalidade instituído com a clássica denominação de *judicial review* em prevalência ao princípio da supremacia constitucional, dado que a norma considerada inconstitucional com os efeitos *ex tunc* de retorno *ao status quo ante* tendo em vista a declaração de nulidade da norma infraconstitucional (BARROSO, 2019a, p. 393-424).

Luis Roberto Barroso (2019a, p. 424-428) ensina que

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da

supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa.

Entre as consequências jurídicas dessa decisão pode-se identificar a fixação da competência do Poder Judiciário para rever atos dos demais poderes de acordo com as diretrizes constitucionais. Inaugura-se controle de constitucionalidade moderno assentado na “prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas” (BARROSO, 2019a, p. 461-488).

No século XIX o constitucionalismo monárquico propagou-se pela Europa. Especificamente na Alemanha e na Áustria “o constitucionalismo não logrou êxito completamente, pois os seus governos conseguiram resistir às concepções liberais e democráticas” (CARVALHO, 2015a, p. 46). Esses eventos muito contribuíram para o embate entre Carl Schmitt na Alemanha e Hans Kelsen na Áustria de quem deveria ser o defensor da Constituição, ou seja, qual seria o órgão fiscalizador.

Com o fim da primeira guerra mundial, a Constituição do *Reich* da Alemanha aprovada em 1919 na cidade de Weimar foi o marco histórico do movimento constitucionalista. Inspirada por Carl Schmitt houve a instituição do Parlamento soberano em contrapartida a um Executivo forte no contexto de um regime político de democracia indireta em que há participação popular representativa na formação da vontade política estatal. Promoveu a liberdade do homem perante o Estado, com base na tripartição dos poderes e a promoção do Estado Social sancionando direitos sociais. Consagrou um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um modelo de parlamentarismo democrático liberal em que o Presidente da República eleito nomeava o Chanceler, chefe do Poder Executivo.

O Parlamento era responsável pelo Poder Legislativo. Ao Tribunal de Justiça do Estado competia a resolução de das lides constitucionais. Embora inexistisse expressamente o controle de constitucionalidade, a lacuna foi suprida pela integração jurisprudencial (MENDES, 1999, p. 8).

Nessa ocasião o Tribunal do *Reich*, representado pelo seu Presidente, era considerado o defensor e vigia da Constituição e responsável por apresentar projetos de leis. Ainda acumulava a função de decidir em processo judicial, inclusive sobre litígios constitucionais. Em 1933 é formalmente implantado o regime nazista com a ascensão de

Adolf Hitler como Chanceler e lhe conferir poder ilimitado, que foi legitimado pelo próprio sistema legal existente à época.

A Áustria, depois de derrotada no primeiro grande armistício, torna-se um Estado Federal republicano com um sistema de governo semipresidencial. A Constituição da Áustria de 1920, revisada em 1929 e reintegrada em 1945, originalmente sob influência de Hans Kelsen, implementou um sistema de controle de constitucionalidade como função constitucional e não judicial, seja de ofício ou a requerimento do governo federal. Trata-se de órgão especial que se organiza em um sistema de competência em que o Tribunal Constitucional, primeiro na história, com a função de se pronunciar, com força normativa, sobre a constitucionalidade das normas, de forma independente dos Poderes Legislativo e Executivo (SCHMITT, 2007, p. IX-XVIII e 01-15; KELSEN, 1995, p. IX-XLIV).

O embate ideológico gerou um “antagonismo do austríaco Hans Kelsen, para quem deveria haver um controle jurisdicional, e do alemão Carl Schmitt, para quem o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich” (MORAES, 2019, p. 872).

Tem cabimento analisar o célebre debate ideológico travado no período entreguerras no século XX sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Para Carl Schmitt na Alemanha seria o poder político representado pelo Presidente do Reich. Diversamente para Hans Kelsen na Áustria seria o poder judicial consubstanciado no Tribunal Extraordinário.

## **2. Proposições De Carl Schmitt**

Carl Schmitt elaborou a Teoria da Constituição que serviu de base dogmática para a doutrina do direito e do estado nacional socialista. A carta magna é a compilação das decisões políticas fundamentais do Poder Constituinte Originário, que por sua vez exprime a realidade social. Várias são as acepções da Constituição, a saber: absoluta que a reconhece como um todo unitário, relativa que a identifica como uma pluralidade de leis absolutas, positiva que a distingue com o conjunto de decisões políticas e ideal que a classifica como tendo um conteúdo específico (CARVALHO, 2015a, p. 61-62).

Em sua obra intitulada O Guardiã da Constituição de 1931 o renomado jurista registra toda sua tese sobre a questão, com base na Constituição da Alemanha que adotou o parlamentarismo democrático perdurando durante o período de 1919 a 1933, quando Adolf Hitler assume o cargo de Chanceler. A estrutura da conhecida República de Weimar é dualista, pois a primeira parte tem por escopo determinar a estruturação do Estado e a segunda parte estabelece o rol dos direitos e deveres fundamentais, inclusive de conteúdo

social, seja educacional, seja trabalhista. Por outro lado, seu artigo 48 marcou a intervenção estatal com a criação do estado de exceção, pois no caso de a segurança e a ordem públicas estivessem seriamente ameaçadas o Presidente do *Reich*, como defensor constitucional, poderia tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento com auxílio de força armada, podendo, para esse fim, suspender os direitos fundamentais.

Kildare Gonçalves Carvalho (2015a, p. 437) expõe que

Segundo Schmitt, não compete aos tribunais exercer o controle de constitucionalidade [...], porquanto a justiça constitucional tem uma ficção nitidamente de caráter político, o que faz com que se politize a jurisdição constitucional levando ao comprometimento do equilíbrio constitucional do Estado de Direito [...]. Os poderes do Presidente do *Reich* o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros dependentes do Parlamento. [...] A decisão sobre o conteúdo da Constituição é uma manifestação completamente distinta da decisão de uma pretensão conflitiva com fundamento na lei.

Na compreensão de Carl Schmitt, os órgãos do Poder Judiciário não exercem propriamente a função judicante, mas tão somente o exame material da legislação, ou seja, são instâncias que decidem os litígios instaurados, admitindo-se um sistema difuso de controle de constitucionalidade modesto, já que havia a previsão de que o juiz estava vinculado à lei. Existia portanto a possibilidade de uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto em decorrência das determinações constantes em norma constitucional como somente uma justificativa da liberdade de decisão, conforme se depreende da marcante sentença judicial de 4 de novembro de 1925.

Alexandre de Moraes (2019, p. 442) instrui que

Ao comentar a questão sobre a opção política do legislador constituinte sobre a escolha de um órgão para interpretar a Constituição, Carl Schmitt aborda a discussão sobre o preceito da inamovibilidade dos magistrados, defendendo-o, para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política.

O limite objetivo deve ser observado para o exercício da jurisdição, uma vez que tem um caráter político, seja na esfera civil ou administrativa em que a proteção judicial

serve ao interesse jurídico de um dos litigantes, seja na esfera penal em que o delito é o objeto da lei penal, que tutela valores sociais. A decisão judicial é proferida sempre depois do evento ocorrido, ou seja, refere-se a fatos passados e aplicável ao caso concreto objeto dos autos do processo judicial, tendo como escopo a formação de jurisprudência e eliminação autoritária da dúvida surgida.

Pouco prudente é outorgar ao juiz a decisão política, que é função do Poder Legislativo, pois no Estado de Direto, a justiça, assim entendida como decisão judicial, sempre deve ser exarada com base na norma, tendo em vista o princípio da legalidade ao qual o Poder Judiciário está vinculado, de modo a diferenciar a aplicação do direito e a função jurisdicional. O conceito de justiça tinha como limite o fato de que a norma constitucional é dificilmente emendável, ainda que seu conteúdo seja equívoco. Este conflito não pode ser resolvido mediante a aplicação da teoria de há uma hierarquia entre as leis, devendo, neste caso ser adotada a interpretação autêntica. Uma norma deve se autoprotoger normativamente, uma vez que não é concebível que uma norma necessariamente tenha que ter fundamento de validade em outra norma. Não há que se falar em justiça constitucional em um sistema de aplicação de norma sobre norma, de forma a distinguir o Direito e a atividade legislativa.

O conceito de Constituição, que se origina de uma decisão política de um povo sobre a existência de um Estado, tem uma relação objetiva com a jurisdição constitucional decorrente da sua realização normativa formalizada pela divergência da norma constitucional definida pela matéria litigiosa. Há limites objetivos da justiça constitucional efetivada pelo Tribunal do Estado, já que este se defrontando com infrações indubitáveis contra a Constituição sempre fará uma justiça sobre fatos passados que levantam suposições o que leva geralmente a uma sentença imperfeita e obscura sobre a legislação, conforme se pode exemplificar pela decisão de 17 de fevereiro de 1930 a respeito a constitucionalidade da lei eleitoral alemã. A resolução de uma divergência por um Tribunal de Estado somente poderia ser válida se a Constituição fosse um contrato, ou seja, decorrente de uma situação jurídica plurilateral. Se deste órgão for reconhecida uma decisão como uma lei política unilateral, que por sua vez arbitrária, seria elevado ao patamar de Senhor da Constituição, o que não pode ser aceito.

A Constituição distingue divergência entre: o *Reich* e os Estados, entre Estados e dentro do próprio Estado. O âmbito de atuação do Tribunal de Estado limita-se à pacificação dos conflitos dentro do próprio Estado, já que se sua organização não pode ser apartado. Seria Inadmissível expandir sua atribuição ao Reich, haja vista que esta competência somente pode ser implementada mediante emenda constitucional. Ainda



assim o mencionado Tribunal teria que ter uma essência totalmente diversa, já que a Constituição do *Reich* é autônoma em relação às Constituições dos Estados que o compõe.

A atuação de um Tribunal como conciliador de litígios tende a transformar a Constituição em um acordo, o que é solenemente rejeitado pelo *Reich*. O pluralismo partidário é afastado de seus princípios por ser inadmissível a existência de vários titulares de poder que poderiam formar alianças interpartidárias indesejáveis. Diferentemente, a Constituição do *Reich* provém de um ato unilateral proferido pelo Poder Constituinte e decorrente de uma decisão política positivada e ainda como forma de prevenir um armistício entre a classe operária e a classe burguesa e conservar a homogeneidade do povo alemão como detentor do poder legislativo constitucional.

Analisando a situação concreta do Reich, pode-se concluir que se caracteriza por três institutos: pluralismo pela existência de extratos sociais de poder solidamente organizados, federalismo pela justaposição e cooperação entre os Estados e policracia pela presença de grupos econômicos autônomos, que limitam a autonomia estatal. A coalizão destas forças instabiliza o *Reich*, podendo a qualquer tempo apoiá-lo ou miná-lo, o que não pode ser concebido. A situação constitucional pouco mudou desde o século XIX, época em que foi instituída a monarquia constitucional. O Poder Legislativo de representatividade popular não se defronta com o Estado, mas, sim, integrá-lo. Desabona-se um contrato entre o monarca e o povo, já que a Constituição trata-se de um todo jurídico, cujos destinatários são os cidadãos e que deles deve limitar a propriedade e liberdade. Também é inadmissível o Estado Liberal neutro e não intervencionista, uma vez que deve haver a implementação da "auto-organização da sociedade" e de que o Estado e a sociedade devem ser "fundamentalmente idênticos". Assim, potencialmente acabariam todas as divergências, já que não havia mais sentido separar o Estado da economia, da política, da escola, do contrato de trabalho, da religião, do Estado de Direito, dentre outros. O Estado seria a própria sociedade sempre preocupado com o bem-estar.

Na esfera da economia não seria diferente, já que a existência de uma economia público-financeira influenciaria decisivamente a situação política do Estado. Enfim, certo é que um Estado total quebre o paradigma da monarquia constitucionalista do século XIX. Deve se estabelecer como um Estado econômico e cuidar do bem-estar social, não mais podendo alimentar os tribunais com energia política. Somente com a formação da unidade Estado-sociedade representado por uma auto-organização haverá um complexo social sólido, imune à contaminação originária do pluripartidarismo e da liberdade de propaganda. Neste contexto, a Constituição do *Reich* ignora o partido político para evitar

o nascimento de um produto ideologicamente pouco sólido, ou seja, um Estado partidário de coalização gerador de instabilidade, que impregna desordem na economia pública.

A neutralidade é muito discutida em seus vários aspectos. No seu sentido de imparcialidade e objetividade foi implementada para sustentar um sistema organizacional que propicie realizar a vontade estatal e um governo capaz de administrar o Estado. Assim, o exercício de um estado de exceção passível de suspender os direitos fundamentais é plenamente aceitável e previsto nas normas constitucionais, mediante a edição de decreto presidencial com força de lei, inclusive nas situações de emergência e perigo de cunho econômico e financeiro.

A função de Presidente do *Reich*, eleito pela totalidade do povo e o verdadeiro guardião da Constituição, tem como característica basilar a teoria *pouvoir neutre* de Benjamin Constant que orienta no sentido de que a sua posição deve ser neutra, intermediária, reguladora e defensora de modo a muni-lo de poderes que o tornem independente dos órgãos do Poder Legislativo, embora a ele vinculados, criando um peculiar equilíbrio.

A “expansão ilimitada da justiça não transformaria o Estado em jurisdição, mas sim, inversamente, os tribunais em instâncias políticas. Isso não jurisdicizaria a política, mas sim politizaria a justiça” (BARROSO, 2019a, p. 6968)

Estes argumentos de Carl Schmitt foram veementemente contestados por Hans Kelsen no estudo *La Defensa de la Constitución* publicado em 1931 relativamente à função do Tribunal Constitucional que compreendia as atribuições judicante e de legiferação com o escopo de limitar o poder estatal estruturado e de valorizar os direitos e garantias fundamentais, tendo como fundamento inclusive seus estudos prévios sobre o Direito.

No Brasil, o controle político de constitucionalidade é efetivado preventivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo (inciso V do art. 49 e § 5º do art. 62 da Constituição da República Federativa do Brasil - (CRFB) (BRASIL, 1988).

### **3. Contrarrazões De Hans Kelsen**

Hans Kelsen inicia os estudos do controle de constitucionalidade como uma função constitucional de atividade legislativa negativa com efeitos constitutivos e propectivos de modo declarar a anulabilidade a lei e a impedir a efetividade do governo de juízes. Apoiase na concepção que vinha desenvolvendo há duas décadas no sentido de que a Constituição, afastada da política, é um conjunto de leis impostas por seres humanos e a

elas destinadas com força coercitiva e de cumprimento geral, ou seja, um verdadeiro dever ser baseado em uma norma fundamental. Nessa denominada Teoria Pura do Direito é implantado o princípio da supremacia da Constituição por uma sistemática positivista em que uma norma jurídica tem como fundamento de validade outra norma, já que Estado é uma personificação metafórica da ordem jurídica. O “ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas uma moldura, um conjunto de possibilidades decisórias legítimas, [pois a] escolha de uma dessas possibilidades [...] seria um ato político, isto é, plenamente discricionário”, o que justifica a sentença judicial pautada na lei editada pelo Poder Legislativo (KELSEN, 2011b, p. 05-27; BARROSO, 2019a, p. 597 e 5486).

Esse jurista há muito vinha desenvolvendo estudos sobre as relações intrínsecas entre o Direito e o Estado, que foram compilados em 1934 com a designação de Teoria Pura do Direito. Assim, o jurista, em apertada síntese, defende que o Direito deve ser examinado como uma ciência de forma sistemática mediante a avaliação lógica dos aspectos formais e materiais das normas. O juízo de valor deve ser afastado do Direito, que, como um conjunto de regramento jurídico, estabelece condutas por via da motivação indireta pela ameaça de coação independente da vontade. Pode-se dizer que esta proposição inaugurou a reconhecida estrutura dual das normas, a primária, que contempla as situações juridicamente qualificadas caracterizadas pelas constantes deônticas de proibição, permissão e obrigação e a secundária, que prevê o efeito sancionador pelo descumprimento da conduta previamente estipulada (VILANOVA, 2005, p. 105).

O Direito também é entendido como o próprio Estado, que por sua vez é a personificação metafórica da ordem jurídica. Suas duas faces são a estática, que atende ao conteúdo da norma em si mesma e a dinâmica, em que a norma é sempre recriada com base em lei anterior por um órgão estatal previamente estruturado para o desempenho desta função.

No topo da pirâmide do Direito pode-se encontrar a Constituição, que é uma norma que repousa em uma situação hipotética, sob a suposição de que ela tem condições de produzir os efeitos esperados conferidos a ela pelo primeiro legislador, que lhe qualifica com o sentido *dever ser*, em que juridicamente uma condição está atrelada a uma consequência no próprio enunciado. É a regra fundamental, superior e ponto de partida que serve de fonte comum e de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico infraconstitucional positivado.

Influenciado por todos seus estudos prévios sobre o Direito, Hans Kelsen em 1931 apresenta suas contrarrazões à tese de Carl Schmitt suscitando que o guardião da Constituição deve ser um órgão estatal denominado Tribunal Constitucional, com as funções estatais próprias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, que criam e aplicam as normas jurídicas de forma genérica e de forma individual, respectivamente.

Em seu livro *Quién deve ser el defensor de la constitución?*, o doutrinador vem explicar a importância da função de um guardião da norma fundamental, de uma justiça constitucional, que valida as demais normas positivadas contra violações, mediatas ou imediatas, em um Estado de Direito. Partindo da premissa de que a Constituição é o instrumento de segurança e de limitação jurídica ao poder estatal. No século XIX a Constituição era defendida pelo monarca e assim ocultando a sua verdadeira intenção de compensar a perda de poder do Chefe de Estado ocorrida na transição da monarquia absolutista para a monarquia constitucional. Nestas circunstâncias a neutralidade do monarca, como inclusive o titular do Poder Legislativo, não poderia ser eternamente reconhecida, porque seria um contrassenso o mesmo órgão ter a função de defendê-la acumular o poder de pô-la em perigo.

Kildare Gonçalves Carvalho (2015a, p. 438) esclarece que

Kelsen, ao sustentar a necessidade de um controle concentrado de constitucionalidade, a cargo de um Tribunal Constitucional, reafirma que a defesa da Constituição visa justamente evitar sua violação pelo defensor proposto por Schmitt, isto é, o Presidente do Reich, cuja legitimidade advém apenas de uma maioria no momento da votação, nada mais garantindo.

Daí a necessidade de criação de órgão estatal independente e neutro denominado Tribunal Constitucional para garantir o liberalismo e a democracia moderna. Deve-se negar a possibilidade do exercício de um estado de exceção como manobra para suspender os direitos fundamentais e ainda a rotulação dos velhos ideais ideológicos da monarquia constitucional do século XIX com supostos novos contornos. Tão lógica esta conclusão que o próprio Carl Schmitt pode perceber o perigo de propiciar um inimaginável poder ilimitado ao Chefe do Poder Executivo em uma eventualidade. Não se pode conceber no século XX que a Constituição seja inspirada na teoria *pouvoir neutre* de Benjamin Constant que acrescenta um quarto poder, neutro, preservador ou real, à clássica teoria de tripartição dos poderes do Estado desenvolvida por Montesquieu.

José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 869) ensina que

À ideia de um controle concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que [...] diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial.

Certamente um Tribunal independente com jurisdição constitucional de controle para decidir em procedimento contencioso a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo anulando-os, se for o caso, e eventualmente imputando responsabilidades. Embora possa não ser um órgão que propicie uma garantia absoluta, ainda assim é um Colegiado com função tipicamente jurisdicional e independente dos demais poderes estatais, nos moldes de sua famosa teoria geral do Direito. Por ter jurisdição constitucional afasta-se inclusive do Poder Judiciário no exercício de sua função de dizer o direito de forma ordinária.

Hans Kelsen (2003a, p. 169) leciona que

[...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. [...]. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional.

Há uma distinção essencial entre uma função jurisdicional e uma função política. O controle de constitucionalidade das normas legais "é reservado a um único tribunal [que detém a] competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira". A

“norma jurídica, em regra, somente é anulada com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos que deixar para trás permaneçam intocados” (MORAES, 2019, p. 789 e 823).

No exercício da função política jamais será feita justiça, já que é própria do Poder Legislativo, sendo um equívoco pensar que o Poder Judiciário poderia dela se valer como atribuição autêntica. Ilustrando, na jurisdição internacional há por certo um conflito de interesses políticos entre Estados soberanos, mas este evento não tem o condão de lhe retirar a natureza de uma disputa tipicamente jurídica.

Hans Kelsen (2003a, p. 263) esclarece que

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento - e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.

A jurisdição ordinária propriamente dita está vinculada à subsunção do fato concreto às normas de regência. Distintamente, o Tribunal Constitucional busca a justiça no caso em que a norma infraconstitucional tem um conteúdo duvidoso em relação à lei fundamental. A Constituição não só determina o rito do processo legislativo como também de alguma maneira indica o conteúdo das futuras leis. Por esta razão a decisão a respeito da constitucionalidade das leis não pode ser tratada como um exame do conteúdo duvidoso de uma norma infraconstitucional a partir de seu próprio ou do conteúdo de lei da mesma estatura, porque assim não há jurisdição alguma. Tem cabimento explicar que entre uma lei e uma sentença judicial não há uma diferenciação qualitativa, já que ambas são geradoras de Direito.

Aflora a contradição intrínseca constante na tese de Carl Schmitt ao defender que a existência concomitante de um Tribunal com a função de guardar a Constituição é incompatível em um Estado tipicamente legislativo. A justiça nunca seria posta em perigo simplesmente pela implementação de um sistema de controle de constitucionalidade em um Estado que adota a república forma de governo. As decisões proferidas por um Tribunal Constitucional, em verdade, contribuem para o desenvolvimento da própria lei fundamental no sentido em que dirime conflitos entre interesses opostos, mediante a



valorização de um em detrimento de outro com o escopo de defender a própria Constituição e os direitos fundamentais por ela positivados.

O Estado total, embora contenha um aspecto social, ainda assim é caracterizado pela política autocrática centralizada, ou seja, uma ficção de neutralidade e da representação popular, que eleva o Presidente do *Reich* parcial e com poder ilimitado à estatura de guardião da Constituição. Por outro lado o pluralismo partidário é um instrumento de oposição da sociedade contra o poder ilimitado do Estado permitindo a democracia e a descentralização política. O mencionado pluralismo em nada propicia a desintegração do conceito de Estado, ao contrário, promove o desenvolvimento de sua soberania. Também o Tribunal Constitucional, como guardião da Constituição independente e neutro, é compatível com a ampliação das competências dos Poderes Legislativo e Executivo, já que com eles se harmoniza na repartição funcional do poder estatal.

No Brasil o controle judicial de constitucionalidade é levado a efeito repressivamente pelo Poder Judiciário (arts. 97 e 102 da CRFB) (BRASIL, 1988).

#### **4. Considerações Finais**

O constitucionalismo contemporâneo firma-se a partir do século XVII na Inglaterra e no século XVIII nos Estados Unidos da América e na França como sucedâneo da ruptura revolucionária da monarquia absolutista para o regime constitucional do Estado Liberal do Direito. Em 1803 houve a consagração do controle de constitucionalidade no julgamento em 1803 do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Esses eventos muito contribuíram para o embate ideológico entre Carl Schmitt na Alemanha e Hans Kelsen na Áustria de quem deveria ser o defensor da Constituição no contexto do Estado Liberal de Direito ocorrido no período histórico entreguerras no século XX.

Em 1931, Carl Schmitt defende a tese antiliberal de que o Presidente do *Reich* tem legitimidade para desempenhar a função, inclusive legislativa, de guardião de Constituição, questionando veementemente o papel do Poder Judiciário politizado, por considerá-lo uma instituição que almeja garantir a segurança e as liberdades da burguesia, desequilibrando o sistema constitucional do Estado. Deste modo, no controle político da constitucionalidade não se pode conceber um Tribunal independente para revisão de atos

legislativos e executivos em face da Constituição, pois seria uma forma de afrontar a soberania estatal. O pluripartidarismo é gerador de instabilidade e impregna de desordem a economia pública.

A posição de superioridade do Estado é indiscutível em relação à norma jurídica e portanto a atuação do Presidente do *Reich*, eleito pela totalidade do povo e o verdadeiro guardião da Constituição, vem consolidar a auto-organização do Estado-sociedade tendo como característica sua posição de neutralidade, intermediação, regulamentação e defensoria com poder de decretar um estado de exceção passível de suspender os direitos fundamentais.

Para Hans Kelsen, com base na sua Teoria Pura do Direito e na supremacia da Constituição, ainda em 1931, em resposta direta às proposições de Carl Schmitt, manifesta seu posicionamento liberal no sentido de que uma democracia moderna, que visa a liberdade e o pluripartidarismo, não pode prescindir de um Tribunal com prerrogativa judicante extraordinária, diferenciado das atribuições legislativas, executivas e jurisdicionais ordinárias.

O controle jurisdicional de constitucionalidade, assim entendido o conjunto do poder que legisla e cria lei abstrata e o poder judicante que dá origem a norma no caso concreto, é um mecanismo assecuratório de atuação de forma neutra na defesa da Constituição, com atribuição de fazer o controle da constitucionalidade das leis. Rechaça que no século XX ainda haja doutrina que se inspire na teoria *pouvoir neutre*, que acrescenta um quarto poder, neutro, preservador ou real, à clássica teoria de tripartição dos poderes do Estado. A criação de um Tribunal Constitucional como guardião propicia um sistema de controle próprio do processo democrático e garante a legitimidade do exercício das funções de forma harmônica e limitadora do poder estatal.

A teoria de Carl Schmitt é relevante já que atualmente alguns Estados adotam o controle político de constitucionalidade. Em muitos outros Estados democráticos é incorporado o ideal desenvolvido por Hans Kelsen em relação à criação de um Tribunal com jurisdição específica de controle de constitucionalidade. Ambas as ideologias são amplamente analisadas e servem de paradigmas estruturais.

Sem sombra de dúvida, as teorias de ambos os juristas são notadamente analisadas até os dias de hoje e muito contribuíram para a evolução do controle de constitucionalidade como um mecanismo de verificação da adequação das leis e dos atos normativos, nos aspectos formais e materiais, à Constituição e precipuamente instrumento

limitador do poder estatal previamente estruturado e garantidor dos direitos fundamentais, inclusive no Brasil.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019a. Kindle

BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida: o papel do supremo tribunal federal**. São Paulo: Saraiva, 2018b. Kindle

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, Controle concentrado de constitucionalidade: o “guardião da constituição” no embate entre hans kelsen e carl schmitt. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 164, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1009/R164-06.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BECKER, Luciana Rosa; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Polêmica schmitt e kelsen: quem deve ser o guardião da constituição? **Trabalho publicado nos Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba/SP nos dias 07, 08, 09 e 10 de dezembro de 2016**. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/yf3ro8tk/O4tnl3ZPs1P09QbQ.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Universidade Federal de Santa Maria**. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO; José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição**. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a. 1 v.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: direito constitucional positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017b. 2 v.

COSTA, Valterlei a da. Afinal, quem deve ser o guardião da constituição? **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Florianópolis. Nº 01, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/6407>. Acesso em 12 abr. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2011.

KELSEN, Hans. **Quién deve ser el defensor de la constitución?** Traducción Roberto J. Brie. Madrid: Tcnos, 1995.

CONSTANT, Benjamin. **Sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos**. Coimbra: Tenacitas, 2001.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba. Nº 39, 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291/144>. Acesso em 08 abr.2022.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. **Jurisdição constitucional**. Tradução de: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Imptus, 2010.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre kelsen e schmitt sobre o guardião da constituição. **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de**

**2009.** Disponível em:

[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2236.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf).  
Acesso em: 03 abr. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito da leis**. São Paulo: Martins, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Frederico Silveira e. O deciosionismo de carl schmitt e sua relação com a discricioniedade e a medida provisória. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007. Disponível em:  
<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/945>. Acesso em: 13 abr. 2022.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

## A CONSTITUCIONALIDADE DO PODER DE REQUISIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E A IMPORTÂNCIA DA INTERLOCUÇÃO COM OS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DE SE DEFENDER PROVANDO COMO ESSENCIAL EXPRESSÃO DA AMPLA DEFESA

**ERALDO SILVEIRA FILHO:**

Defensor Público do Estado de Alagoas. Pós-graduando em: Perícia Criminal.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo apresentar o percurso e construção histórica do poder de requisição da Defensoria Pública, que culminou na improcedência Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.852/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, na tentativa de invalidar tal prerrogativa institucional, e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que houve a confirmação do poder de requisição, a ser pautado pela responsabilidade e pela ética de cada membro defensorial, como instrumento institucional. Foram utilizados elementos históricos, legais e jurisprudenciais. A partir desse fluxo de raciocínio, é que se construiu a reflexão acerca do contexto histórico desde a antiga figura romana do *tribunus plebis*, e da importância da concretização da ampla defesa, munida de isonomia e capacidade eficiente em realizar, por todos os meios legais, sua maior expressão, qual seja, o direito à produção probatória.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública; Poder de Requisição; Direito à Prova; Constitucionalidade.

**Abstract:** The present work aims to present the trajectory and historical construction of the Public Defender's requisition power, which culminated in the dismissal of Direct Action of Unconstitutionality 6.852/DF, proposed by the Attorney General of the Republic, in an attempt to invalidate such institutional prerogative, and judged by the Federal Supreme Court, when there was confirmation of the power of requisition, to be guided by the responsibility and ethics of each defense member, as an institutional instrument. Historical, legal and jurisprudential elements were used. Based on this flow of reasoning, the reflection was built on the historical context since the ancient Roman figure of the *tribunus plebis*, and on the importance of achieving a broad defense, equipped with isonomy and efficient capacity to carry out, by all legal means, its greatest expression, namely, the right to produce evidence.

**Keywords:** Public Defender; Requisition Power; Right to Proof; Constitutionality.

**Sumário:** Introdução. 1.Sentido histórico e constitucional da Defensoria Pública. 1.1. *Tribunus plebis*, percursos da Defensoria Pública. 1.2. A regulação dos serviços institucionais de assistência judiciária gratuita. 2. Interlocução institucional com os órgãos



de segurança pública como expressão inafastável do direito à prova. 2.1. A relevância da Defensoria Pública. 2.2. Atribuições de controle social da Defensoria Pública. 3. Poder de requisição como instrumento institucional. 3.1. Perfil institucional da Defensoria e os poderes decorrentes deste. 3.2. O julgamento do poder de requisição da Defensoria Pública no Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

Ao iniciar os levantamentos derivados das inquietações para escrever o presente texto, podemos constatar que o direito a uma defesa de qualidade decorre, primeiro, de uma evolução natural da sociedade, em termos de civilização mesmo, quando se começa a conscientização da racionalidade da limitação do uso do poder, que depois vai ficar consagrada histórica e constitucionalmente no cânone do devido processo legal; e, segundo, decorre, a rigor, de um passado histórico de certa forma imemorial, como sói ocorrer com a construção e a consolidação das instituições sociais e, mais propriamente ainda, dos chamados institutos jurídicos.

É dizer, o direito a uma defesa jurídica de qualidade (que nasceu como a direito a uma defesa, sem adjetivação), irradiado do cânone do devido processo legal, nasceu difusamente, podendo-se concluir, originado da lenta evolução civilizatória, ou até mesmo do sentimento caritativo de matriz religiosa.

Na transcrição dos pensamentos componentes desta reflexão, buscamos, mesmo que de modo ainda incipiente, conjugar elementos históricos, legais e jurisprudenciais que estabeleçam um fio condutor direcionado à estima e à valorização desse direito fundamental, que é o direito universal, isto é, para todas as pessoas, sem exceção, a uma defesa jurídica de qualidade.

No primeiro capítulo, pois, tentamos buscar um contexto histórico da origem e da verdadeira importância desse direito, busca esta que encontrou referência identitária na remota e peculiar figura do *tribunus plebis* (tribuno da plebe), que desempenhou uma magistratura *sui generis* de fundamental relevo na atmosfera da República Romana.

Nesse mesmo intento, girando o molde para terras brasileiras, assinalamos referência nas Ordenações Filipinas, na atuação caritativa estimulada pelo Instituto Brasileiro de Advocacia e na gestação da institucionalização da Defensoria Pública inicialmente dentro das estruturas organizacionais do Ministério Público e da Advocacia Pública.

No segundo capítulo, desdobramos e enalteçemos a indispensabilidade do aprimoramento da interlocução institucional com os órgãos de segurança pública, para

além de uma exclusividade do Ministério Público, como inafastável expressão do direito à prova. A propósito, contrastamos o caráter privativo da titularidade da ação penal com a ausência da mesma nota de exclusividade na interlocução institucional e nem mesmo quanto ao controle externo da atividade policial, que a rigor trata-se deveria se tratar de um, por que não, rigoroso controle social de prestação de contas de caráter abrangente, como possibilitado pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), a qual, como se sabe, resulta dos marcos de controle da atividade da administração pública insculpidos constitucionalmente.

Por fim, no terceiro capítulo, pautados pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 6852, cujo acórdão foi publicado em 29.03.22, enaltecemos a responsabilidade institucional e ética que incumbe à Defensora Pública ao Ihe confirmada a prerrogativa do poder de requisição como instrumento institucional, em decorrência do seu regime normativo, fixado em seu estatuto nacional (Lei Complementar 80/94) e amparado com realce constitucional, sempre direcionado à concretização horizontal do devido processo legal.

Adicionalmente, na esteira da análise dos votos escritos na ADI 6852, frisamos que o STF reconheceu o poder de requisição à Defensoria Pública como poder implícito, expressão do princípio da isonomia em similitude e paralelismo com o mesmo poder conferido ao Ministério Público, para equiparação de forças institucionais, dentre outros argumentos também referenciados no decorrer do capítulo.

## **1. SENTIDO HISTÓRICO E CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

A atual Constituição Federal brasileira consagra a Defensoria Pública, na condição de órgão público e instituição permanente, como indiscutível elemento orgânico e estrutural do seu texto, integrada na arquitetura essencial de todo o sistema de justiça, com peculiaridades institucionais próprias e distintas, paralelamente a outros também relevantes órgãos e funções essenciais à justiça, como Ministério Público, advocacia pública e advocacia privada, consoante as disposições do Capítulo IV do Título IV da Lei Maior, arts. 127 a 135 (LENZA, 2020, p. 103).

Sobretudo após a Emenda Constitucional 80/14, que alterou o disposto no art. 134 da Lei Maior, delimitou-se com maior clareza a distinção da atividade institucional da Defensoria Pública em relação à advocacia privada, assim como se tonificou o perfil institucional e constitucional da Defensoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro, como instituição independente, dotada de unidade corporativa entre seus ramos e, por isso, indivisibilidade representativa.

A rigor, tal consagração e tonificação institucional atualizada e conferida pelo texto constitucional converge com o próprio horizonte originário da Defensoria Pública como instituição de Estado, como ilustraremos a seguir.

Ao se buscar no referencial histórico a gênese simbólica do ofício público de defesa dos necessitados, conforme contextualiza a clássica e reverenciada obra de Fustel de Coulanges (1830-1889), chamada *A Cidade Antiga*, edição impressa de 1961, p. 471, encontraremos na atmosfera da República Romana a longínqua institucionalização do tribunado da plebe, com a figura do *tribunus plebis*, que assumia uma magistratura sui generis cujo exercício consistia em reclamar igualdade jurídica, no sentido de direitos fundamentais, às pessoas excluídas.

### **1.1. *Tribunus plebis*, percursos da Defensoria Pública**

A peculiaridade do *tribunus plebis* em relação aos magistrados tradicionais restava traduzida no fundamento de legitimidade. Os defensores da plebe tinham sua legitimidade de atuação fundamentada em literalmente corporificarem verdadeiro instrumento de acesso a direitos pela plebe, haja vista os direitos da plebe somente poderiam ser respeitados se um defensor da plebe estivesse presente pessoalmente.

De outra mão, os magistrados tradicionais tinham sua autoridade fundamentada no culto da cidade patrícia (elite derivada da ancestralidade), nas cerimônias religiosas e nos auspícios dos deuses invocados pelos patrícios.

Dito de outra forma, os defensores da plebe exerciam importante poder e ascenderam em conquistas para a plebe que vivia às margens de Roma, porém nunca tiveram os privilégios simbólicos da coroa de louros, do manto de púrpura e da cadeira curul (espécie de trono móvel) reservados aos então tidos como verdadeiros e tradicionais magistrados romanos.

Singrando o tempo e chegando às origens do serviço de assistência judiciária no Brasil, verificamos que a ideia moderna de instituição da Defensoria Pública como órgão estatal, em seu período embrionário, foi concebida como um ramo dentro do organograma institucional do Ministério Público ou da advocacia pública e respectivas procuradorias.

O percurso, num primeiro momento, restou esboçado com a previsão da assistência judiciária gratuita como direito abstrato, desvinculada de um órgão especializado e responsável pela prestação regular e contínua, inaugurada em passado praticamente imemorial, tendo como marco referido um decreto datado de 5 de maio de 1897, para vigência no então Distrito Federal, na época a cidade do Rio de Janeiro, ou mais remotamente ainda, até mesmo, nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 84, § 10, em que

havia a previsão de isenção de custas, para a pessoa reconhecidamente pobre, sob a condição de que esta rezasse o pai-nosso pela alma do rei na audiência (Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2022).

Quando muito, na culminância deste longo período embrionário em solo brasileiro, havia uma praxe forense de apoio do Instituto Brasileiro de Advocacia, precursor da OAB, no sentido de possibilidade de uma atuação caritativa da advocacia no serviço de assistência judiciária. No entanto, a imposição de um encargo contingente e sem contraprestação pecuniária, a título de mera caridade, a profissionais liberais da iniciativa privada mostrou-se um modelo inadequado e deveras insuficiente. Tal assertiva fica mais evidente ainda num país marcado por severo contraste social, conseqüência do passado escravocrata, como o Brasil (CAPPELLETTI, 1974, p. 134 apud GIANNAKOS, 2008, p. 65).

## **1.2. A regulação dos serviços institucionais de assistência judiciária gratuita**

Posteriormente, no transcurso do século XX, para além das disposições meramente abstratas acerca da assistência judiciária, como concessão estatal genérica, desprovida de órgão especializado para a prestação regular e concreta do serviço, foram concebidos os primeiros marcos normativos da prestação do serviço de assistência judiciária institucionalizado.

Como referenciado anteriormente, tal institucionalização foi concebida inicialmente nos organogramas das carreiras de promotores e procuradores, isto é, dentro das estruturas organizacionais do Ministério Público e das Procuradorias Estaduais, citando-se, a título de exemplo, a história institucional do próprio Distrito Federal e de estados como Rio de Janeiro (ou Guanabara, antes Distrito Federal), Bahia, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, São Paulo, Alagoas (GIANNAKOS, 2008, p. 115/120).

Não obstante a previsão abstrata e denominada como assistência judiciária a título de isenção estatal para postulação judicial constar a nível constitucional desde a Carta de 1934, cumpre acentuar que, apenas na Constituição Federal 1988, houve o estabelecimento institucional da Defensoria Pública no ápice da pirâmide normativa brasileira, com previsão expressa no art. 134 do texto constitucional.

A partir de então, desencadeou-se uma cronologia histórica de consolidação da Defensoria Pública como instituição estrutural e funcionalmente especializada. Na esfera nacional, a evolução legislativa com a LC 80/94 e depois a LC 132/09; bem ainda a evolução constitucional com a EC 80/14, fora as ECs 45/04 e 74/13, concretizaram um desenho institucional de autonomia administrativa e orçamentária, como órgão independente e essencial à Justiça, a par do Ministério Público, replicando expressamente inclusive os mesmos princípios institucionais e constitucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional.

A LC 80/94 deu concretude à matriz constitucional do § 1º do art. 134 da CF acerca da exigência de lei complementar para a organização institucional no âmbito da União e do Distrito Federal, assim como o estabelecimento de normas gerais para a organização institucional no âmbito dos estados, consolidando importante rol de prerrogativas funcionais, tais como prazo em dobro, vista pessoal e poder de requisição.

A LC 132/09, ao seu turno, aprimorou o texto da LC 80/94, enfatizando a atribuição de atuação institucional na esfera de direitos coletivos e difusos, conferindo amplo espectro postulatório para essa finalidade.

Por sua vez, a EC 80/14 distinguiu, em relação à advocacia privada, mais do que de maneira expressa, de forma emblemática a natureza de órgão público, extrapoder, independente e especializado, como verdadeira magistratura instrumental e expressão do regime democrático.

Repare-se, a propósito, que, ao se ter em mente o processo penal, neste atual cenário normativo-constitucional, a Defensoria Pública é concebida como atividade transversal e inclusiva, entre a acusação, com seu exercício do poder punitivo estatal, e a advocacia, com sua atuação marcadamente representativa dos interesses do respectivo contratante.

Com toda essa evolução constitucional e legislativa, no atual cenário normativo-institucional, a Defensoria Pública passa a se assumir como verdadeira instituição transversal e inclusiva, a quem compete, para além da defesa passiva de interesses individuais, fiscalizar, também a título de atuação coletiva, o regular exercício dos órgãos públicos que atingem os interesses de toda a população, inclusive no âmbito do direito penal, em que o exercício do poder punitivo estatal tem o condão de impor ao cidadão, considerado individualmente, a mais grave das sanções, assim como o aniquilamento da sua cidadania.

## **2. INTERLOCUÇÃO INSTITUCIONAL COM OS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA COMO EXPRESSÃO INAFASTÁVEL DO DIREITO À PROVA**

### **2.1. A relevância da Defensoria Pública**

Nessa linha de consagração e realce da Defensoria Pública, como relevante expressão e instrumento do regime democrático, com destaque para a incumbência fundamental da primazia da orientação jurídica, ressaí a necessidade de se estabelecer constante e profícuo diálogo interinstitucional, acentuando-se a necessidade desse diálogo com os órgãos de segurança pública, no intuito de se manter ininterruptamente sedimentada a atmosfera de concretização do estado democrático de direito e respeito

aos direitos fundamentais, notadamente a igualdade de tratamento de todos perante a lei, sobretudo a lei fundamental da nação que se traduz na Constituição Federal.

De se notar, a propósito, que a Constituição Federal (art. 129) confere ao Ministério Público também uma importante atribuição, qual seja, a titularidade da ação penal pública, com a ressalva do texto constitucional para o caráter privativo desta atribuição (inciso I). Assim, cumpre divisar que, de fato, a titularidade da ação penal pública (*dominus litis*) é uma competência privativa do Ministério Público. No entanto, tal ênfase de exclusividade não é repetido, por exemplo, no que diz respeito ao controle externo da atividade policial (inciso VII), à realização de levantamentos investigativos ou menos ainda à interlocução interinstitucional.

É dizer, a estrutura normativa da atribuição de controle externo da atividade policial e menos ainda a respectiva interlocução interinstitucional não trazem consigo a mesma delimitação de exclusividade encerrada na atribuição de titularidade da ação penal pública. Do mesmo modo, nesse ponto do controle externo da atividade policial, ao se atentar para o que preceituado no inciso VII do art. 129 da CF, observa-se a remissão à legislação infraconstitucional de caráter complementar.

Nesse âmbito, seguindo como referência, a título ilustrativo, a Lei Complementar 75/93, que traduz o estatuto de organização e atribuições do Ministério Público da União, para além do aspecto de indispensabilidade da persecução penal, conjugado com a atribuição de titularidade da ação penal, constatam-se atribuições que guardam pertinência com funções institucionais também inerentes à Defensoria Pública (Lei Complementar 80/94), como, por exemplo, a afirmação do estado democrático de direito, a prevalência dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, assim como a concretização da comunidade de princípios decorrentes do devido processo legal, tais como os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, dentre outros assegurados constitucionalmente e normativamente.

## **2.2. Atribuições de controle social da Defensoria Pública**

Em sincronização com a evolução legislativa, para além de previsão legal no próprio estatuto da Defensoria Pública ou até mesmo da advocacia, cumpre ter em mente que atribuições de controle social relacionadas à condição de se ter acesso a amplas e relevantes informações, encontram atualmente guardada na Lei 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

Por oportuno, esclarecendo melhor esse ponto da Lei de Acesso à Informação, cumpre acentuar que justamente na esteira do direito fundamental à informação (art. 5º) e à publicidade dos atos de exercício de poder (art. 35) é que tal diploma legal (Lei 12.527/11) subordina todos os órgãos públicos expressamente ao seu regime.



Apenas em caráter excepcional, realmente existem hipóteses em que seja possível a restrição de acesso à informação, entretanto com a condição de que ao mesmo tempo seja respeitada a disciplina existente para tais hipóteses dentro da própria Lei de Acesso à Informação, com as disposições gerais, específicas e detalhadas de classificação de informação previstas nos seus arts. 21 e seguintes.

Contudo, nesses mesmos termos, os casos de restrição de acesso não podem caracterizar obstáculo ao exercício de direitos fundamentais, bem como necessitam de procedimento de classificação em decisão formalizada por escrito, contextualizada, fundamentada, com indicação do prazo de sigilo e identificação da autoridade responsável pela classificação, ainda sendo passível de reavaliação por órgão colegiado supervisor.

Desse modo, considerando a larga amplitude da atribuição institucional da Defensoria Pública concernente à efetividade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, especialmente no processo penal, em que tal atribuição tem alcance universal (art. 261, CPP) para além do critério de insuficiência de recursos (CF), resulta imprescindível a interlocução constante e eficiente da Defensoria Pública com os órgãos de segurança pública.

Essa interlocução tem por escopo a vital e ininterrupta concretização do devido processo legal como verdadeira pedra angular da afirmação do estado democrático de direito, conferindo espessura concreta à missão institucional de exercer a defesa técnica e fundamentada por meio de sua maior e inegável expressão que é o direito à prova (Brady v. Maryland), alcançando-se todas as circunstâncias que possibilitam o esclarecimento detalhado do caso concreto, quer sejam de interesse da acusação, quer sejam de interesse da defesa.

### **3. PODER DE REQUISIÇÃO COMO INSTRUMENTO INSTITUCIONAL**

#### **3.1. Perfil institucional da Defensoria e os poderes decorrentes deste**

Com efeito, o perfil institucional desenhado à Defensoria Pública, como específica expressão e instrumento do regime democrático, à qual incumbe primordialmente a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, sobre a pedra angular do devido processo legal, reserva-lhe em caráter prioritário uma nobre e sensível função: evitar situações de extrema injustiça no âmbito da persecução penal. Não por menos, possui ampla gama de atribuições, assumindo a defesa de todos que não tenham advogado, essa previsão vem desde a redação original do CPP, independente do critério econômico que baliza a atuação institucional na esfera cível, cabendo-lhe corporificar aprimorada e pública defesa ética, a repercutir inclusive na legitimidade do chamado poder de requisição, a instrumentalizar e potencializar o exercício altamente qualificado de sua nobre missão institucional.

Falando nisso, num paralelo de inspiração com o direito comparado, é muito comum se remeter à consagrada doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, notadamente a partir do famoso precedente *McCulloch v. Maryland*, de 1819, em que se assentou o entendimento jurisprudencial de que uma atribuição pode muito bem ser inferida quando necessária e própria para o desempenho de outras competências inequívocas do respectivo órgão (BARROSO, 2015, p. 44). O caso *McCulloch v. Maryland* tratou de aspectos do sistema financeiro e bancário norte-americano, naquela ocasião. Todavia, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de repercutir a mesma doutrina dos poderes implícitos em diversos julgamentos, dentre eles julgamentos envolvendo interpretações ampliadas de atribuições do Tribunal de Contas da União (MS 24.510, MS 33.092) e do Ministério Público inclusive (HC 93.930, RE 593.727).

Indo além, a previsão expressa do poder de requisição como instrumento de atuação funcional da Defensoria Pública vem desde a redação original da lei orgânica nacional da Defensoria, qual seja, a Lei Complementar 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal, assim como prescreve normas gerais para a organização nos estados.

Apesar disso, no ano de 2021, o respectivo Procurador Geral da República, Augusto Aras, ajuizou diversas ações diretas de inconstitucionalidade, questionando todas as legislações estaduais que conferem tal prerrogativa institucional à Defensoria Pública, além da Lei Complementar 80/94, questionada em caráter protagonista, porque inegavelmente a mais representativa dessa controvérsia, por meio da ADI 6852.

Para tanto, impingiu que esse importante instrumento de atuação institucional seria incompatível com as atribuições da Defensoria Pública, porque violaria notadamente o princípio da isonomia com a advocacia privada, devendo tal poder instrumental ser reservado apenas em caráter diferenciado ao órgão acusatório e às nobres funções do Ministério Público.

### **3.2. O julgamento do poder de requisição da Defensoria Pública no Supremo Tribunal Federal**

No entanto, a Corte Constitucional brasileira rechaçou esse pleito de exclusividade ministerial, pelo largo placar de votação de dez votos a um (sendo esse um, ainda, apenas parcialmente divergente). A propósito, o acórdão restou assim ementado:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR 80/1994. PODER DE REQUISIÇÃO. GARANTIA PARA O CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES**

**INSTITUCIONAIS.** GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E EFETIVA. ADI 230/RJ. ALTERAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ADVENTO DA **EC 80/2014**. AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA DAS DEFENSORIAS. IMPROCEDÊNCIA. 1. O poder atribuído às Defensoria Públicas de requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições, propicia condições materiais para o exercício de seu mister, não havendo falar em violação ao texto constitucional. 2. A **concessão de tal prerrogativa à Defensoria Pública constitui verdadeira expressão do princípio da isonomia e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva.** 3. Não subsiste o parâmetro de controle de constitucionalidade invocado na ADI 230/RJ, que tratou do tema, após o advento da EC 80/2014, fixada, conforme precedentes da Corte, a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI: 6852 DF 0054388-26.2021.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 21/02/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/03/2022)" (grifo nosso)

Como se percebe da ementa acima destacada, a rigor, a parametrização da isonomia da Defensoria Pública deve ser com o próprio Ministério Público. Isso porque a Defensoria Pública corporifica, dentro do sistema de justiça, verdadeira magistratura instrumental correspondente à maior expressão do regime democrático e do devido processo legal, como instituição estatal essencial à justiça e, por excelência, garantidora da ampla defesa e do contraditório, em face do poder punitivo estatal corporificado pelo Ministério Público.

A esse respeito, no transcurso de seu voto como relator da aludida ação direta (ADI 6852), o Min. Edson Fachin diversas vezes pontuou tal paralelismo institucional como pertinente para o exercício de poderes equivalentes, como na seguinte passagem: "Em diversas ocasiões esta Suprema Corte tratou de apontar o paralelismo traçado pelo constituinte entre Ministério Público e Defensoria Pública."

Outrossim, no mesmo diapasão, asseverou: "Entendo, portanto, que assim como ocorre com o Ministério Público, a prerrogativa de requisição atribuída aos membros da Defensoria Pública apenas corrobora para que a instituição cumpra sua missão

constitucional, ao viabilizar o acesso facilitado e célere da coletividade e dos hipossuficientes à documentos, informações e esclarecimentos.”

Colheu-se o mesmo posicionamento, além do relator, igualmente, de todos os ministros que apresentaram votos escritos (Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Nunes Marques), lembrando-se que a votação se encerrou de forma praticamente unânime, apenas com a ressalva de posicionamento parcialmente divergente da Min. Cármen Lúcia.

Ilustrativamente, respeitando a sequência dos votos, vale conferir algumas relevantes passagens dos respectivos votos vogais que compuseram o posicionamento deliberado pelo Pretório Excelso sobre o assunto.

O Min. Alexandre de Moraes pontuou a incidência da teoria dos poderes implícitos como pertinente à compreensão da amplitude das atribuições institucionais da Defensoria Pública: “Incorporou-se, em nosso ordenamento jurídico, portanto, também em relação à Defensoria Pública, a pacífica doutrina constitucional norteamericana sobre a teoria dos poderes implícitos – inherent powers –, segundo a qual, no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118 ), consagrando-se, dessa forma – e entre nós aplicável também à Defensoria Pública –, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que permitam o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.”

Em digressão, referiu à clássica obra do direito constitucional brasileiro, composta pela magistral lente de José Afonso da Silva: “dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na **desigualdade de condições materiais entre litigantes**, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e **poderosos**, ficam na impossibilidade de exercer seu **direito** de ação e **de defesa assegurado na Constituição**” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 614) (grifo nosso).

Com precisão, no desenvolvimento do voto, aduziu acerca da distinção do regime jurídico entre Defensoria Pública e Advocacia, com o estabelecimento de maior semelhança e equiparação daquela com o Ministério Público, especialmente a partir da EC 80/14:

*“O Poder Constituinte Reformador evidenciou, inclusive, a distinção entre as atividades da Defensoria Pública e da Advocacia, ao estabelecer seções diversas, na alocação do texto constitucional, para cada uma dessas funções essenciais à justiça, as quais, antes da promulgação da EC 80/2014, estavam disciplinadas conjuntamente.*”

(...)

*O paralelismo deontológico e axiológico entre a Defensoria Pública e o Ministério Público foi muito bem ressaltado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL na ADI 5296, no voto condutor da eminente Relatora, a Ministra ROSA WEBER (...)."*

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes enfatizou a relevância da EC 80/14 para o fortalecimento de um regime jurídico diferenciado à Defensoria Pública:

*"Com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, qualquer possibilidade de crise identitária da instituição foi sanada. (...)*

*Nesse ponto, é claro que não se pode limitar a Defensoria Pública, nos atuais moldes, a um mero conjunto de defensores dativos. Tal se consubstancia em visão ultrapassada, que ignora a interpretação sistemática a ser feita. A topografia constitucional atual, ademais, não deixa margem a dúvidas de que são funções essenciais à Justiça, em categorias apartadas, mas complementares: Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública."*

Mais que isso, em arremate, pormenorizou a fixação do entendimento de que o poder de requisição abrange a defesa de direitos individuais: "Após analisar os fundamentos trazidos nos votos divergentes dos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes, bem como as manifestações juntadas aos autos pelos amici curiae, me convenci de que, apesar do poder de requisição configurar uma prerrogativa não conferida aos advogados, sua previsão legal, mesmo que utilizada para a defesa de direitos individuais dos assistidos, encontra justificativa nas peculiaridades institucionais da Defensoria Pública."

Ao seu turno, o Min. Nunes Marques, citando a renomada obra do saudoso jurista italiano Mauro Cappelletti, somou a observação de que a Defensoria Pública deve corporificar verdadeiro instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional: "Aponto também que a criação da Defensoria Pública atende a um dos pressupostos de aperfeiçoamento do acesso à justiça, inserindo-se nas suas respectivas ondas renovatórias, conforme lição de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, GARTH, 1988)."

E, por fim, nessa mesma esteira da necessidade de uma consciência pública de verdadeiro compromisso de contribuição para esse aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, acentuou: "Com o reconhecimento de uma prerrogativa que atribui poder instrumental à Defensoria, tenho que seu exercício deve ser realizado com parcimônia e



prudência, evitando-se sempre quaisquer excessos ou abusos, os quais, se ocorridos, poderão ser apurados e punidos na forma da lei.”

No que diz respeito ao voto da Min. Cármen Lúcia, convém lembrar, primeiro, que notadamente em julgamentos de maior relevo e repercussão dificilmente se obtém unanimidade no plenário de uma corte constitucional, como os 11 votos no plenário da Corte Suprema brasileira; segundo, que a ministra foi relatora do entendimento anterior proclamado na ADI 230, julgada em 01.02.10, que foi superado pelo julgamento da ADI 6852, julgada em sessão virtual de 11.02 a 18.02.22.

No julgamento da ADI 6852, a ministra modificou seu entendimento anterior, acompanhando a maioria formada desta vez em sentido diverso, todavia ainda ressaltando, no respeitável entendimento isolado dela, o poder de requisição apenas na atuação institucional da Defensoria Pública em caráter coletivo.

Em resumo, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal assegura o poder de requisição da Defensoria Pública plenamente, tanto em demanda de interesse coletivo quanto em demanda de interesse individual. No detalhe, quanto ao poder de requisição da Defensoria Pública em atuação de demanda de interesse coletivo, a votação encerrou-se em 11x0; e, quanto ao poder de requisição abranger tanto atuação de demanda coletiva quanto demanda individual, encerrou-se em 10x1.

No detalhe, em relação às mesmas impugnações realizadas quanto às legislações estaduais, observou-se exatamente o mesmo destino, com o mesmo resultado de improcedência, como a título de exemplo a ADI 6874, que tratou da lei complementar regente da Defensoria Pública do Estado de Alagoas e manteve hígida a vigência e a validade das disposições da legislação local que, em linhas gerais, reflete o mesmo padrão de organização institucional preconizado desde a Lei Complementar 80/94.

Fixadas essas coordenadas de raciocínio, ponto digno de percepção é que, no âmbito do direito penal e no exercício do poder punitivo estatal que se dá o centro de gravidade da reflexão jurídico-filosófica, tendo em mira que é no âmbito desse poder que se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre arbítrio e certeza (FERRAJOLI, 2010, p. 08).

Justamente daí que nasce a ideia institucional da Defensoria Pública, a exemplo da remota figura do *tribunus plebis*, isto é, para além da reivindicação da cidadania, como necessária institucionalização de uma oposição qualificada ao exercício do poder punitivo estatal, corporificado pelo Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública.

Nesse intento, o poder de requisição certamente pode contribuir para a noção de se defender provando como maior expressão da ampla defesa e do devido processo legal,



seja em procedimento apuratório institucional a título de investigação defensiva, seja, cumulativa ou exclusivamente, por meio da interlocução interinstitucional com os órgãos de segurança pública como expressão inafastável do direito à prova.

## CONCLUSÃO

Ao final desse breve percurso reflexivo, temos como indiscutível normativa e jurisprudencialmente a vigência e a validade constitucional do poder de requisição da Defensoria Pública.

Todavia, como o antagonismo argumentativo é inerente uma sociedade saudavelmente democrática, sabemos da resistência reacionária à expansão do poder da Defensoria Pública por uma parcela de intérpretes com referência formativa mais longínqua, anterior mesmo ao marco legislativo que firmou tal previsão expressamente no estatuto defensorial, qual seja, a LC 80/94, ou até mesmo, menos longínqua, porém anterior à compreensão da tonificação da divisão constitucional com o regime da advocacia privada, conforme a Emenda Constitucional 80/14.

Não obstante, o fato é que a controvérsia e tal resistência reacionária foi proposta pelo chefe do Ministério Público Federal, o Procurador Geral da República, e a Corte Suprema brasileira sedimentou que tal prerrogativa é inerente às funções institucionais corporificadas pela Defensoria Pública, tanto no julgamento da ADI 6852 quanto das mesmas ações (ADI) contra todas as leis estaduais que reiteram as mesmas disposições (Ministério Público Federal, 2021), por maioria absolutamente representativa, incluindo unanimidade no aspecto da tutela coletiva (diga-se de passagem, também antes atacada pela Associação Nacional do Ministério Público – Conamp, e já derrotada no julgamento da pretérita ADI 3943, julgada pelo STF em 07.05.15).

Para encerrar, é sempre oportuno reforçar que o instituto jurídico hoje traduzido na Defensoria Pública, como órgão constitucional e autônomo, deriva das primeiras raízes históricas da percepção da importância do devido processo legal, isto é, do direito a uma defesa. E, nessa linha do tempo, cada vez mais, tem-se evoluído para o direito a uma defesa eficientemente adjetivada, defesa de qualidade, defesa necessariamente comprometida com valores éticos e sobretudo com a ideia de justiça substancial que contribua para um tratamento de efetiva igualdade perante a lei para todos os cidadãos, assim como colabore para a melhor organização do sistema de justiça e da vida em sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional 74, de 6 de agosto de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc74.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc74.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional 80, de 4 de junho de 2014**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar 80/94 e da Lei 1.060/50, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto na Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Plenário)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6857. Lei Complementar 80/94. Defensoria Pública. Poder de requisição. Garantia para o cumprimento das funções institucionais. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6181989>. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Plenário)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6874. Lei Complementar 80/94. Defensoria Pública do Estado de Alagoas. Poder de requisição. Garantia para o cumprimento das funções institucionais. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 9 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6189116>. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Plenário)**. Mandado de Segurança 24510. Competência do TCU. Poderes implícitos. Meios necessários à integral realização dos fins. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ellen Gracie (voto do Min. Celso de Mello), 19 de novembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 24 jun 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (2. Turma)**. Mandado de Segurança 33092. Competência do TCU. Poderes implícitos. Meios necessários à integral realização dos fins. Impetrante: José Sérgio Gabrielli de Azevedo e Outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Gilmar Mendes, 24 de março de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9133937>. Acesso em: 24 jun 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (2. Turma)**. Habeas Corpus 93930. Poder de investigação do Ministério Público. Poderes implícitos. Meios necessários à integral realização dos fins. Impetrante: Anílton Loureiro da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618675>. Acesso em: 24 jun 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Plenário)**. Recurso Extraordinário 593727. Poder de investigação do Ministério Público. Poderes implícitos. Meios necessários à integral

realização dos fins. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Redator: Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 24 jun 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **La justicia de los pobres**. In: *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas, 1961 [versão para ebook, 2006].

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte. Brady v. Maryland (1963)**. N. 490. 13 de maio de 1963. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1962/490>. Acesso em: 18 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

**Nossa história: desde 1897 garantindo acesso à justiça**. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/historia>. Acesso em: 16 maio 2022.

**PGR questiona leis estaduais e distrital que garantem poder de requisição às defensorias públicas**. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-questiona-leis-estaduais-e-distrital-que-garantem-poder-de-requisicao-as-defensorias-publicas>. Acesso em: 29 maio 2022.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Almeida, Cândido Mendes de. 14ª ed. Rio de Janeiro: Tip. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 16 maio 2022.

## **DIREITOS E RESPONSABILIDADES NA ADOÇÃO EM SITUAÇÃO DE DIVÓRCIO**

**BRUNO DA SILVA AMORIM:**  
Acadêmico de Direito e Gestão  
Pública.

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a problemática da adoção da criança e do adolescente no que tange a situação antes, durante e após divórcio, bem como a necessária postura do Estado e da sociedade civil frente a tal situação. Os Direitos e responsabilidades legais dos pais adotivos, após o divórcio ou processo de divórcio durante a adoção, são tópicos presentes nesta pesquisa que buscam evidenciar e esclarecer tais questionamentos acerca da adoção. O tribunal pode considerar o vínculo biológico a um padrasto que adota o filho de outro pai? Como são feitas as determinações de guarda dos filhos, atribuída por juiz ou mediação? Abordaremos essas e outras perguntas ao longo deste artigo.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Adoção e Divórcio. Vínculo biológico. Criança e Adolescente.

**ABSTRACT:** The present work seeks to analyze the problem of the adoption of children and adolescents regarding the situation before, during and after divorce, as well as the necessary posture of the State and civil society in the face of such situation. The legal rights and responsibilities of adoptive parents, after divorce or divorce proceedings during adoption, are topics present in this research that seek to highlight and clarify such questions about adoption. Can the court consider the biological link to a stepfather who adopts another parent's child? How are child custody determinations made, assigned by a judge or mediation? We will address these and other questions throughout this article.

**Keywords:** Fundamental Rights. Adoption and Divorce. Biological bond. Child and teenager.

### **Direitos e responsabilidades dos pais adotivos**

Quando os pais optam por adotar uma criança, assumem certas obrigações relacionadas a essa criança, bem como adquirem certos direitos, perante a face legal, uma vez finalizado o processo de adoção. O progenitor tem o dever de cuidar e sustentar a criança, assim como faz com os filhos nascidos de um casamento. Além disso, os pais têm o direito de tomar decisões relacionadas ao filho adotivo, incluindo decisões sobre sua educação, atividades extracurriculares e outros aspectos de sua vida.

Em algumas situações, ambos os pais adotam uma criança que não é biologicamente relacionada a nenhum deles. Em outros casos, um padrasto adota o filho

do outro pai. O tribunal pode considerar o vínculo biológico e há quanto tempo o padrasto é pai legal da criança como parte da consideração, porém todas essas informações podem não ser definitivas na determinação da guarda da criança.

### **Direitos e responsabilidades legais após o divórcio**

Esses direitos e obrigações continuam após o divórcio. Os pais adotivos podem receber a guarda conjunta, ou um dos pais pode receber a guarda unilateral. Em muitos casos, ambos os pais mantêm a custódia legal total, mas um dos pais pode receber uma quantidade maior de custódia.

### **Determinações de Custódia Infantil**

Como nos casos envolvendo filhos nascidos do casamento, as determinações de guarda dos filhos podem ser feitas de várias maneiras. Os pais podem concordar com os arranjos de custódia e ter um juiz a assinar este acordo como parte do acordo de divórcio. Alternativamente, os pais podem discordar inicialmente, mas depois chegar a um acordo por meio de mediação. Por fim, poderá ser litigado o caso em que o juiz determinará quem deve ter a guarda primária com base no melhor interesse da criança.

### **Divórcio durante a adoção**

Em muitos casos de adoção, a mãe adotiva não está em um relacionamento estável e deseja que seu filho esteja em uma casa com dois pais. O seu consentimento pode basear-se nesta condição. Se os pais adotivos se separarem ou estiverem se divorciando antes que a adoção seja finalizada, os pais biológicos podem optar por interromper o processo antes que ele seja legalizado. Além disso, o tribunal responsável pela adoção pode considerar como o divórcio afetaria a criança. Nesses casos, o juiz pode decidir que a adoção pode continuar se os pais biológicos ainda consentirem, um dos pais pode prosseguir com a adoção ou a adoção pode ser negada.

### **Intenção de divórcio**

Outra maneira potencial de afetar a adoção é se os pais já estavam antecipando o divórcio quando começaram ou estavam no meio do processo de adoção. Um pai biológico pode alegar que os pais adotivos cometeram fraude ou deturpam que a criança seria criada em uma casa com dois pais quando sabiam que não seria o caso. Se o tribunal constatar que a fraude ocorreu, a adoção pode ser considerada nula e sem efeito, e o pai biológico pode reivindicar seus direitos parentais.

### **Conclusão**



Encerro o caráter científico e crítico do artigo, rememorando que todos os recursos e procedimentos ao longo da adoção devem ser feitos sustentando o máximo de coesão e sensibilidade, sem apresentar chances de corromper emocionalmente a criança ou adolescente, que o qual é a peça chave da adoção e para garantir seu posterior êxito na fase adulta. A posição empática do casal que transcorre em um divórcio, deve ser de extrema importância para não deixar, se houver, seus sentimentos tempestuosos pelo seu ex-cônjuge afetarem a criança, se tornando uma vítima no processo de adoção. O papel do Estado é fundamental para intermediar e remediar a situação, priorizando o caráter sã e físico de todas as partes.

### Referências bibliográficas

FILHO, Arthur Marques da Silva. **ADOÇÃO**. 4ª ed. REVISTA DOS TRIBUNAIS. 2019. 300 p.

FLÓRIDO, Fernando de Albuquerque. **Abandono afetivo no Direito Brasileiro**. Lumen Juris. 2021. 130 p.

GINZBURG, Natalia. **Léxico Familiar**. Companhia das Letras. 2018. 256 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. 5ª ed. Editora Forense. 2022. 888 p.

## **(IM) POSSIBILIDADE DE AJUSTE DE CLÁUSULA PRO SOLVENDO EM CONTRATOS DE CESSÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS CELEBRADOS POR FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITO CREDITÓRIO**

**CAMILLA ELLEN ARAGAO COSTA:** Advogada inscrita na OAB/SE sob o nº 12.583, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT) e militante na área Cível. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito (Curso de Mestrado Acadêmico) da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Advogada do Departamento Jurídico do Grupo Delcred/Castro Lima. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE, triênio 2022/2024.

**RESUMO:** O estudo em questão tem por objetivo analisar a (im)possibilidade de ajuste, no bojo de contratos de cessão de direitos creditórios celebrados por Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDC's), de cláusula *pro solvendo*, que consubstancializa direito de regresso, dando alicerce à responsabilidade do cedido e dos eventuais devedores solidários pela inadimplência dos sacados. Com vistas a melhor arrimar as conclusões oferecidas ao final, proceder-se-á, utilizando-se do método dedutivo e através de pesquisas sob o método exploratório-qualitativo e por meio da análise bibliográfico-documental, à apreciação do que constitui o instituto de securitização de recebíveis, e, mais especificamente, os Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDC's), estabelecendo posterior diferenciação em relação à operação do *factoring*, para, então, se debruçar sobre a cláusula *pro solvendo* e a celeuma acerca da sua validade, a fim de averiguar se é válida a sua pactuação em contrato de cessão de crédito celebrado com Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDC's).

**Palavras-chave:** Fundos de Investimento em Direito Creditório. Cláusula *pro solvendo*. cessão de direitos creditórios.

### **1 INTRODUÇÃO**

A cessão civil de crédito caracteriza-se como o tipo de contrato em virtude do qual o credor cedente transfere a outrem, o cessionário, a sua qualidade creditória contra o devedor, recebendo o cessionário o direito respectivo, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário.

Em regra, nas cessões onerosas, o cedente responde pela existência do crédito (cessão *pro soluto*) e não pela solvabilidade do devedor (cessão *pro solvendo*), de modo que a responsabilização pela solvência do devedor deve ser expressamente pactuada através da cláusula *pro solvendo*, que, como o próprio termo denota, dá alicerce à responsabilidade do cedido e dos eventuais devedores solidários pela inadimplência dos sacados no âmbito dos contratos de cessão creditória.

A pactuação da aludida cláusula, no entanto, deu ensejo à intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da sua validade no bojo dos contratos de *factoring*, com posterior extensão do entendimento aplicado às aludidas operações às cessões firmadas por FIDC's. O entendimento, por sua vez, é no sentido de julgar pela vedação da possibilidade de regresso, ainda que seja expressamente contratado, recusando validade à cláusula *pro solvendo* quando pactuada em contratos de fomento mercantil.

Ocorre que o entendimento pacificado acerca da impossibilidade de regresso no âmago das aludidas operações, sob pretexto de situação análoga, vinha sendo indiscriminadamente estendido à securitização de recebíveis, mais especificamente, ao FIDC, sem devido aprofundamento acerca da matéria, tampouco das particularidades desta última operação.

Nesta perspectiva, o propósito desse trabalho - ao revisitar o tema - é contribuir para a sedimentação do debate acerca da matéria, levantando o conceito e a concepção do instituto de securitização de recebíveis, e, mais especificamente, os Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDC's), com a posterior diferenciação em relação à operação do *factoring*, porquanto referida distinção traga significativa repercussão no direito de regresso, matéria ora sob foco, como se identificará das passagens voltadas à análise da decisão recém proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

## **2 CONCEITUAÇÃO DA SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS E DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITO CREDITÓRIO (FIDC'S)**

A securitização de recebíveis traduz-se em uma operação financeira em que o originador de determinados direitos e crédito promove sua cessão para terceiros, que poderá revestir-se da forma de um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, ou de uma Sociedade de Propósito Específico, fornecendo lastro para emissão de títulos e valores mobiliários, os quais, por sua vez, serão disponibilizados para os investidores, com acesso à poupança popular. Os recursos obtidos via captação pública serão revertidos ao cedente, de forma a liquidar a cessão promovida, resultando em uma antecipação de receitas para o credor originário do título e em uma diluição do risco entre os participantes da operação.

Unie Caminha compreende que a securitização, em sentido amplo, pode ser entendida como a substituição das formas tradicionais de financiamento bancário pelo financiamento através do mercado de capitais, enquanto, em sentido restrito, é uma operação complexa, que envolve alguma forma de segregação de patrimônio, quer pela cessão a uma pessoa jurídica distinta, quer pela segregação interna, e uma emissão de títulos lastreada nesse patrimônio segregado.<sup>286</sup>

A securitização de recebíveis, portanto, é uma outra possibilidade atrativa de estrutura de financiamento para os empresários que necessitam de recursos para o seu negócio, especialmente porque, pela ausência de intermediação por instituição financeira, dentre outros motivos, os custos de captação através do modelo de securitização são, em geral, reduzidos quando comparados aos de um financiamento bancário. <sup>287</sup>

Nesse contexto, a securitização, atrelada à ideia de se buscar financiamentos outros que não os do sistema bancário (desintermediação financeira), democratiza o acesso à poupança popular por meio do mercado de capitais, além de inexoravelmente contribuir para a ampliação da oferta de crédito a empresas de todos os portes, na maioria das vezes, repita-se, de forma mais barata do que o financiamento bancário, exercendo um importante papel no crescimento econômico do país.<sup>288</sup>

Os fundos de investimento, por sua vez, operam no mercado financeiro mediante a securitização de recebíveis, tendo sido criados a partir da Resolução nº 2.907, de 29 de novembro de 2001, por meio da qual o Banco Central do Brasil (BACEN) autorizou sua constituição e o funcionamento, nos termos de regulamentação que viria a ser criada pela CVM, que assumiu a competência para regulamentar plenamente a matéria.

A CVM editou, então, a Instrução nº 356, de 17 de dezembro de 2001, que regulamenta a constituição e o funcionamento dos FIDCs, configurados, nos termos do art. 2º, III, da referida Instrução, como uma comunhão de recursos reunidos por seus quotistas, destinados à aplicação preponderante em “direitos creditórios”:

Objetivamente, pode-se dizer que o FIDC nada mais é do que mais um instrumento de captação de recursos no mercado de capitais. Um instrumento útil e bastante apropriado, principalmente para

---

<sup>286</sup> Unie Caminha, *Securitização*, 2a ed., cit., pp. 37-38.

<sup>287</sup> SILVA, Ricardo Maia da. *Securitização de Recebíveis: uma Visão sobre o Mercado dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC)*. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Centro Tecnológico da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010, p. 18.

<sup>288</sup> É nesse sentido a manifestação da ANBIMA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS (“ANBIMA” ou “Associação”) no âmbito do Recurso Especial nº. 1.726.161/SP.

empresas que tenham alto comprometimento de dívidas bancárias em seu balanço ou uma grande capacidade de geração de recebíveis. Assim, por meio do FIDC, as empresas podem captar recursos e amortizar suas dívidas, melhorando bastante seus balanços. Isso acontece à medida que a empresa efetua uma redução de seu passivo bancário, via diminuição dos ativos de curto prazo, ou seja, consegue tal objetivo exatamente cedendo seus recebíveis.<sup>289</sup>

Significa dizer, noutros termos, que se trata de veículo criado com o objetivo de dar liquidez ao mercado de crédito, surgindo na seara econômica como inovação do tráfego negocial, cuja natureza, segundo Arnaldo Wald, é especialíssima:

(...) um condomínio de natureza especialíssima, que tem patrimônio próprio, escrita específica, auditoria nas suas contas, representação em juízo e administração por uma espécie de *trustee*. A propriedade dos bens pertence ao Fundo e as cotas é que são da propriedade dos condôminos. 290

Do ponto de vista dos cedentes, como já destacado, o FIDC é uma alternativa interessante de acesso ao capital, em geral, menos custosa do que o financiamento bancário. Do lado dos investidores, por sua vez, o FIDC é um investimento que pode combinar alta rentabilidade com baixo risco, quando em comparação com outras possibilidades disponíveis no mercado<sup>291</sup>, sendo justamente por isso considerado, atualmente, o principal veículo de securitização no mercado de capitais brasileiro.

### **3 A CLÁUSULA *PRO SOLVENDO* E A CELEUMA ACERCA DA SUA VALIDADE**

A cessão civil de crédito caracteriza-se como o tipo de contrato em virtude do qual o credor cedente transfere a outrem, o cessionário, a sua qualidade creditória contra o

---

289 FORTUNA, Eduardo. Mercado financeiro: produtos e serviços, 19ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2013, p. 839.

290 WALD, Arnaldo. Da natureza jurídica do fundo imobiliário. In: Revista Forense, 309, p. 9-14.

291 "Do ponto de vista do investidor [...] o interesse pelo fundo se justifica pelo fato de os FIDCs oferecerem rentabilidade superior à dos ativos disponíveis no mercado financeiro com nível de risco equivalente combinado com colateralização pelas cotas subordinadas ou outra modalidade de garantia, que mitigam o risco da carteira." (ANBIMA. Estudos Especiais – Produtos de Captação: Fundos de Investimento em Direitos Creditórios. Rio de Janeiro: ANBIMA, 2015, p. 11).

devedor, recebendo o cessionário o direito respectivo, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário.<sup>292</sup>

Em regra, nas cessões onerosas, o cedente responde pela existência do crédito (cessão *pro soluto*) e não pela solvabilidade do devedor (cessão *pro solvendo*), de modo que a responsabilização pela solvência do devedor deve ser expressamente pactuada e, nas cessões a título gratuito, o cedente é responsável pela solvência do crédito apenas se tiver procedido de má-fé.

A cláusula *pro solvendo*, nesse sentido, consubstancializa direito de regresso, e, como o próprio termo denota, dá alicerce à responsabilidade do cedido e dos eventuais devedores solidários pela inadimplência dos sacados no âmbito dos contratos de cessão creditória.

Trata-se de cláusula voltada à distribuição e à alocação dos riscos do negócio de forma antecipada e consensual entre as partes, encontrando alicerce nas disposições expressamente contempladas pelo legislador quanto à distribuição dos riscos da cessão entre cedente e cessionário, mais especificamente na disciplina do art. 296 do Código Civil, além do que se prevê de modo principiológico em relação ao Direito Empresarial, em especial a livre iniciativa e a liberdade contratual, ratificadas pela edição da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019). Especificamente quanto às cessões de crédito firmadas por FIDC's, o alicerce ainda se estende ao arcabouço regulatório acerca do tema, como de forma pormenorizada se demonstrará.

Em contramão às disposições e aos princípios que dão lastro à possibilidade do ajuste da cláusula, no entanto, se identificou acesa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da sua validade no bojo dos contratos de *factoring*, com posterior extensão do entendimento aplicado às aludidas operações – hoje, pacificado no Superior Tribunal de Justiça –, às cessões firmadas por FIDC's. O entendimento, por sua vez, com aderência quase que unânime, e recentemente ratificado no âmbito do julgamento do Recurso Especial nº 1711412/MG293 (Informativo nº 695), é no sentido de julgar pela vedação da possibilidade de regresso, ainda que seja expressamente contratado, recusando validade à cláusula *pro solvendo* quando pactuada em contratos de fomento mercantil.

---

292 PEREIRA, 2017, p. 351; CARVALHO SANTOS, 1951, p. 310.

293 A empresa faturizada não responde pela insolvência dos créditos cedidos, sendo nulos a disposição contratual em sentido contrário e eventuais títulos de créditos emitidos com o fim de garantir a solvência dos créditos cedidos no bojo de operação de factoring. STJ. 3ª Turma. REsp 1.711.412-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/05/2021 (Info 695).



Ocorre que, sem prejuízo das necessárias críticas à posição atualmente adotada, por ausência de substrato fático ou legal relevante que confira razoabilidade à forte intervenção judicial nas relações mantidas no âmbito do fomento mercantil, o que se tem, voltando-se ao escopo do presente trabalho, é que o entendimento pacificado acerca da impossibilidade de regresso no âmago das aludidas operações, sob pretexto de situação análoga, vinha sendo indiscriminadamente estendido à securitização de recebíveis, mais especificamente, ao FIDC, sem devido aprofundamento acerca da matéria, tampouco das particularidades desta última operação.

De fato, não raramente os Tribunais pátrios invocavam precedentes relativos a escritórios de *factoring* para solucionar a controvérsia acerca de cessão de crédito em operação de securitização, tendo por cessionário um FIDC.

Daí a importância do destaque: os Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDC's) e as operações de fomento mercantil não se confundem.

O Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL), representado pelos doutrinadores Gustavo Tepedino e Ana Frazão, já apontou as seguintes distinções:

O FIDC se diferencia das empresas de *factoring*, porém, na medida em que não fornece ao cessionário os serviços de gestão de créditos e cobranças que com frequência são oferecidos pelas faturadoras, restringindo-se à aquisição (com deságio) de créditos como forma de aplicação financeira dos recursos aportados pelos seus quotistas.

Observa-se, portanto, que outra importante diferença é que, ao contrário dos faturadores, o FIDC promove a efetiva securitização dos direitos creditórios adquiridos, considerando que estes passam a integrar seu patrimônio – e o qual, por sua vez, é representado por suas quotas, que poderão circular no mercado de capitais.

Podemos destacar, ainda, as seguintes diferenças entre o *factoring* e a securitização de recebíveis mercantis:

(a) a atividade de *factoring* é fiscalizada, principalmente, pelo Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF), enquanto a securitização pelo Banco Central, Conselho Monetário Nacional (CMN) e Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

(b) a atividade de securitização é mais complexa do que a atividade de *factoring*, na medida em que exige inúmeras contratações

acessórias, tais como contrato de agência de rating, contrato de auditoria, contrato de serviços de custódia dos valores mobiliários, dentre outros;

(...) (d) a sociedade de factoring não utiliza os créditos adquiridos do cedente para emissões de valores mobiliários, enquanto a securitizadora os utilizará como lastro para essas emissões;

(...) (f) a operação de factoring não distribui o risco, mas o concentra numa sociedade de factoring, que a adianta receitas, por meio da aquisição de títulos a vencer, enquanto na securitização há dispersão dos riscos entre diversos investidores;

(g) o FIDC tem como maior objetivo vender cotas para investidores, ele possui CNPJ, mas não é uma empresa; ao contrário, a sociedade de factoring é uma empresa independente, cujo objetivo principal é adquirir os recebíveis dos seus clientes.<sup>294</sup>

De fato, embora possuam semelhanças, especialmente por ter como espinha dorsal o contrato de cessão de créditos, são estruturas de crédito absolutamente diversas, possuindo inclusive natureza jurídica distinta. As diferenças entre as operações, não por acaso, têm reflexos sensíveis na matéria ora sob foco, em que pese o tratamento até então predominantemente indistinto pelos tribunais, a reclamar urgente revisão jurisprudencial, portanto.

Minudenciando, além da tímida jurisprudência que já admitia a contratação da cláusula de regresso nas cessões firmadas por FIDC's, as decisões majoritárias eram em sentido contrário, negando validade às cláusulas *pro solvendo* no bojo dos contratos celebrados pelos reportados fundos, lastreando-se, fundamentalmente, nas equivocadas premissas de que (i) apesar de o artigo 296 do Código Civil levar ao entendimento de que o cedente a título oneroso possa assumir contratualmente a responsabilidade pela higidez econômica do devedor, as particularidades da operação levam a conclusão diversa, pois a obrigação de recompra desnatura a cessão onerosa, que pressupõe a assunção do risco do negócio pela cessionária; (ii) se da operação inicial já existe ganho com o deságio, a existência de cláusula relacionada ao regresso extrapolaria os limites do negócio, violando a boa-fé objetiva e lesando o cedente, vez que o negócio é nitidamente de risco.

Perlustrando as reportadas razões, infere-se que se tratavam de mera reedição dos argumentos expedidos no âmbito das operações de fomento mercantil, em que pese,

---

<sup>294</sup> CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. Factoring e securitização de recebíveis mercantis. In: *O direito brasileiro em evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*[S.l: s.n.], 2017.

insista-se, tratem-se de operações distintas. Necessário, então, cotejá-las com as disposições do Código Civil, princípios, institutos e arcabouço regulatório aplicável à operação reitora do presente parecer.

De início, voltando-se à primeira razão (i), importa destacar: não há, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão legal que vede os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios de estipular a responsabilidade do cedente pelo pagamento do débito em caso de inadimplemento do devedor, circunstância que deve ser analisada sob a ótica do art. 5º, II da CF, que assegura que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei.

Em contramão, como balizadora primeiro em relação à validade dos negócios jurídicos, está a disciplina do art. 104, do Código Civil, que dispõe sobre a liberdade de contratar, desde que realizada na forma prescrita em lei ou, de outro modo, sem ofender expresso comando legal negativo.

Mais especialmente, por se tratar de cessão de crédito, a fazer incidir, rigorosamente, os dispositivos do Código Civil aplicáveis à espécie, é de rigor o destaque à existência de importante dispositivo a regular a transmissão das obrigações; trata-se, repita-se, do art. 296 do CC/02, que preceitua que "salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor".

Como se infere do destaque realizado no dispositivo acima, o texto legal admite a estipulação de regresso, ao passo que somente o considera indevido quando ausente a pactuação neste sentido; em outras palavras, entende-se que a pactuação do regresso não é ofensiva à ordem normativa, porquanto expressamente admitida.

Destarte, havendo estipulação contratual nesse sentido, forçoso reconhecer a responsabilidade do cedente acerca do cumprimento da obrigação inadimplida, seja porque referido ajuste encontra respaldo no Código Civil, seja, máxime, pelo que prevê a instrução normativa que rege a matéria (IN 356/2001).

Como já destacado, o FIDC tem sua constituição, sua administração e seu funcionamento regulados pela Instrução Normativa da CVM n. 356/2001, cuja atividade que desempenha propicia uma alternativa ao financiamento bancário, proibitivamente oneroso às sociedades empresárias de pequeno e de médio porte.

Nesse passo, e valendo-se de excerto de voto emblemático proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão quando do julgamento do Recurso Especial nº. 1.726.161/SP, que será alvo de análise posterior:

(...) é bem de ver que o art. 2º, II, da Instrução CVM n. 356/2001, com prudência e trazendo mais segurança jurídica à operação, expressamente se abstém de imiscuir-se na disciplina legal, ao prever que a cessão dos direitos creditórios é a transferência pelo cedente, credor originário ou não, de seus direitos creditórios para o FIDC, mantendo-se inalterados os restantes elementos da relação obrigacional.

O seu art. 2º, XV, por sua vez, vai além, ao trazer expressamente o conceito de coobrigação, nos termos a seguir:

XV - coobrigação: é a obrigação contratual ou qualquer outra forma de retenção substancial dos riscos de crédito do ativo adquirido pelo fundo assumida pelo cedente ou terceiro, em que os riscos de exposição à variação do fluxo de caixa do ativo permaneçam com o cedente ou terceiro.

É certo que tal previsão foi incluída na Instrução Normativa com a finalidade de referendar a higidez da cláusula ora sob foco, buscando dar cabo à polêmica doutrinária e jurisprudencial instaurada acerca do tema.

Tal entendimento é ainda corroborado, na forma do que dispôs a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no bojo do supracitado Recurso Especial nº. 1.726.161/SP, na qualidade de *amicus curiae*.

(...) pelo art. 3º da Instrução CVM nº 489, de 14 de janeiro de 2011, ao prever que para fins de classificação contábil no âmbito do FIDC, as aquisições de crédito nas quais o cedente garanta, ainda que parcialmente, o adimplemento, devem ser classificadas como "operações sem aquisição substancial dos riscos e benefícios".

Daí se extrai, com espeque no voto da Ministra Nancy Andrighi, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1909459–SC, que replica entendimento sufragado no multicitado Recurso Especial nº 1.726.161/SP, "que seria um contrassenso concluir pela invalidade dessa espécie de disposição contratual quando a própria entidade responsável pela regulamentação e fiscalização dos FIDCs fez constar expressamente da normativa que os regulamenta o conceito acima colacionado".

Além de contrassenso, é certo dizer que representaria, retomando análise das contribuições da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no já referido Recurso Especial nº. 1.726.161/SP:

(..) inaceitável usurpação da discricionariedade técnica da CVM em matéria cuja regulação foi expressamente atribuída por lei à Autarquia, contrariando entendimento do próprio STJ, conforme acórdão da C. Segunda Turma do E. STJ, à luz do r. voto condutor da lavra da Exma. Ministra Eliana Calmon, no julgamento do Recurso Especial nº 1.105.993 - PR (2008/0261954-3), ressaltando que não cabe ao Poder Judiciário substituir um órgão administrativo técnico.

As decisões voltadas à negativa de validade da cláusula *pro solvendo* em operação de securitização tendo por cessionário um FIDC, como se vê, ignoram as normas do Código Civil e da CVM que expressamente permitem a coobrigação do cedente, e, especialmente, interferem indevida e injustificadamente na autonomia privada das partes, causando insegurança jurídica não apenas na indústria de FIDC, mas, de forma macro, no segmento de securitização e no mercado de capitais como um todo.

Havendo cláusula, portanto, dispondo que o cedente garante a solvência do devedor original, exigível respeitar a vontade que dirigiu as partes em seu negócio, especialmente quando em cotejo às modificações introduzidas no Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica, em especial, na parte que mais interessa a este parecer, aquelas concernentes à nova redação do art. 421 e à inclusão do art. 421-A no Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Este é o entendimento do Professor BUNAZAR sobre o inciso I do novo art. 421-A do Código Civil:

Ao reconhecer expressamente que as partes têm o direito de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos

pressupostos de revisão e de resolução do negócio jurídico, o inciso I do artigo 421-A fornece importante instrumento de alocação e, conseqüente, redução de riscos. Quando cabe a um terceiro a prerrogativa de concretizar expressões como excessivamente onerosa e acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, é praticamente impossível às partes qualquer previsibilidade do que será ou não considerado como tal no caso concreto. A indeterminação dos conceitos não raras vezes possibilita, e talvez até mesmo estimule, demandas que a pretexto de pretenderem a revisão ou resolução de um contrato veiculam o exercício de um inexistente direito potestativo de arrependimento. **Para evitar os inconvenientes da indeterminação legal, nada mais eficiente do que deixar às partes a gestão dos próprios interesses;** se não o fizerem ou optarem por não o fazer, submeter-se-ão ao disposto na lei.<sup>295</sup>

E, ainda, sobre o parágrafo único do artigo 421, que objetiva dar maior concretude à liberdade contratual:

O parágrafo único do artigo 421 reforça a mais fundamental característica do contrato: sua obrigatoriedade. Desde que se constate que a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual significa afastar, ainda que parcialmente, o produto da autonomia privada, convém assentar que isso só deverá ocorrer quando graves razões o exigirem. Embora o disposto no parágrafo único do artigo 421 já fosse regra no direito positivo brasileiro, sua explicitação não é inútil; ao contrário, tem o mérito de aumentar consideravelmente o ônus argumentativo de quem pretenda a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual.

Desse modo, como corolário da autonomia privada, faculta-se às partes a definição da melhor forma de alocação de riscos, aí inclusa a cláusula que possibilita o direito de regresso, sendo referida interpretação não apenas alicerçada nos comandos legislativos amoldados à hipótese, como também a que melhor se coaduna com os princípios que regem o Direito Empresarial, em especial a livre iniciativa e a liberdade contratual, ratificadas, como demonstrado, pela edição da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019).

É de se dizer, ainda, que tal configuração de cessão de crédito não pressupõe lesão ao cedente, voltando-se à outra razão (ii) que alicerça as posições contrárias à estipulação

---

295 BUNAZAR, 2019, p.140-156.



da cláusula. Não pressupõe lesão, primeiro, porque não estamos diante de relação assimétrica.

Referidos julgados terminam por revelar, com o devido acatamento, sensível desconhecimento quanto às particularidades do negócio, considerando que, pela própria transparência ínsita à operação, notadamente pelas regras impostas pela direta regulação da CVM, o cedente e eventuais garantidores são conhecedores das exatas condições pactuadas com o Fundo e utilizam de sua autonomia privada para entabular tais negociações, sobretudo porque trata-se de contrato essencialmente empresarial, o que, como é de comum conhecimento, pressupõe paridade de condições, análise conjunta e assunção dos riscos envolvidos.

Aqui, não se pode deixar de referir os notáveis apontamentos registrados pela Associação Nacional dos Participantes em Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios Multicedentes e Multissacados (“ANFIDC”), cuja participação, na qualidade de *amicus curiae*, também foi oportunizada no supracitado apelo nobre (REsp 1.726.161/SP):

Ademais, não apenas o cedente e o FIDC são especializados nesses mercados, mas também os investidores. Além de contarem com um amplo assessoramento pelos administradores do fundo e terem as mais amplas informações à sua disposição para conhecerem exatamente onde estão aportando capital, os investidores precisam ser considerados profissionais ou qualificados nos termos da Instrução CVM nº 554/2014 já mencionada acima. **Trata-se de mercado em que as partes que o compõem são eminentemente especializadas, de forma que o pressuposto básico do qual é estabelecida toda a dinâmica técnico-profissional que rege os investimentos e as transações realizadas é o de que as partes negociam todos os termos contratuais em condições equânimes.**

Mas vai além. Referida configuração da cessão de crédito, com garantias acopladas aos títulos mais robustas, ao fornecer maior segurança ao cessionário na aquisição do crédito, considerando que isso enseja uma diminuição do risco de inadimplência, proporciona cenário propício à celebração de referidas operações, com potencial para o desenvolvimento e a expansão de um mercado que, em última análise, permite aos titulares de direitos creditórios obter, quando necessário, liquidez a partir dos créditos que possuem, contribuindo para o crescimento da economia como um todo.

Ainda quanto à alocação de riscos, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (“ANBIMA”), no bojo do multicitado Recurso Especial, diante da relevância econômica do tema, foi instada a se manifestar, fazendo considerações

que merecem destaque, sobretudo pelo inequívoco conhecimento técnico a respeito da operação ora discutida:

Na avaliação do risco do investimento, considera-se uma série de fatores, dentre eles, a reputação do gestor do FIDC, o histórico do desempenho da carteira de créditos e as garantias constituídas, além dos eventuais riscos existentes, inclusive jurídicos.

No momento em que foi realizado o investimento nos FIDC, porém, muito provavelmente não se considerou o risco de que as garantias vinculadas aos créditos pudessem ser invalidadas por decisão judicial, uma vez que não havia nenhuma lei ou normativo que indicasse qualquer risco nesse sentido.

**A existência de garantias, de modo geral, ajuda a mitigar o risco de crédito relacionado ao investimento. Ademais, a coobrigação do cedente ou de suas partes relacionadas promove um alinhamento de interesses entre o cedente e os cotistas do FIDC, mesmo após a cessão dos direitos creditórios ao FIDC.**

Há uma relação direta entre a percepção de risco dos investidores e o retorno por eles exigido no investimento. **Em outras palavras, quanto maior o risco, maior o retorno exigido e, conseqüentemente, maiores os custos de captação dos cedentes.**

A depender do risco envolvido, é possível, ainda, que os investidores tomem a decisão de não investir no FIDC, independentemente da rentabilidade esperada das cotas. Nessa hipótese, os investidores buscariam outras oportunidades de investimento.

**Da perspectiva dos cedentes, a provável consequência seria uma redução na oferta para aquisição de direitos creditórios pelos FIDC, bem como uma elevação das taxas de desconto praticadas, de modo a permitir o pagamento do prêmio de risco adicional exigido pelos investidores. Em outras palavras, uma série de empresas que atualmente têm o FIDC como fonte de recursos teria um acréscimo no custo desse capital, ou teria que buscar recursos em outros segmentos, como o bancário ou o de fomento mercantil.**

Somado a isso, ainda no que se refere à posição (ii), no sentido de que, se da operação inicial já existe ganho com o deságio, a existência de cláusula relacionada ao

regresso extrapolaria os limites do negócio, é de se destacar que as taxas de deságio praticadas pelos FIDCs devem estar em consonância com as adotadas pelas instituições financeiras do mercado nacional, havendo, inclusive, fiscalização das operações pela CVM.

Quanto a esse ponto, retome-se a análise do voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão quando do julgamento do Recurso Especial nº. 1.726.161/SP:

Por outro lado, no tocante especificamente ao contrato de factoring, alguns dos fundamentos da corrente que não admite o estabelecimento de garantia para a operação de fomento comercial consistem justamente no fato de que essa operação costuma cobrar taxa maior de desconto (deságio maior) e de que isso serve também para não se confundir com o contrato privativo de instituição financeira.

(...)

No caso, como há a captação de poupança popular dos próprios cotistas, além da eficiência da engenhosa estrutura a envolver a operação dos FIDCs, que prescinde de intermediação, **o deságio pela cessão de crédito dos direitos creditórios é menor que nas operações de desconto bancário, razão pela qual é descabida a tese exposta na exordial acerca de que a operação se distancia do desconto bancário, a justificar a nulidade da garantia, em prejuízo dos condôminos do Fundo recorrente.**

Por fim, imprescindível, mais uma vez, promover destaque das ponderações do *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCIVIL:

9. Observa-se, portanto, que outra importante diferença é que, ao contrário dos faturizadores, o FIDC promove a efetiva securitização dos direitos creditórios adquiridos, considerando que estes passam a integrar seu patrimônio – e o qual, por sua vez, é representado por suas quotas, que poderão circular no mercado de capitais.

10. Tais quotas consubstanciarão, ainda, ativos com precificação mais precisa e associados a maior segurança jurídica que os direitos e títulos de crédito adquiridos, assegurado pelas normas de compliance próprias aos fundos de investimento (como, no caso dos FIDCs, a obrigatória avaliação trimestral da carteira por agência de rating).

(...)

13. Normalmente, em tais arranjos contratuais, o risco do inadimplemento do crédito cedido corresponde ao ágio percebido pelo cessionário.

14. Por outro ângulo, o fato de o cessionário assumir este risco e os custos de cobrança, afastando-os do cedente, igualmente justificaria que este recebesse menos que o valor integral do crédito.

Significa dizer que, quando da contratação das cessões de crédito por esses FIDC, as partes negociaram, em boa-fé e com base nas normas vigentes, os respectivos termos e condições, incluindo a eventual prestação de coobrigação pelos cedentes ou por suas partes relacionadas, sendo referida existência ou não de coobrigação fator essencial para aquisição do crédito, pois indica a quais riscos os direitos creditórios estão expostos, além de ser elemento crítico para a justa precificação desses direitos na carteira de fundo.

As decisões, portanto, que a despeito de todo o exposto, negam validade à cláusula livre e expressamente pactuada, terminam por, na forma do que asseverou a autarquia federal Comissão de Valores Mobiliários – CVM no REsp 1.726.161/SP:

- i) ignorar as normas da CVM que permitem claramente a coobrigação do cedente;
- ii) interferir indevidamente na autonomia privada das partes após o aperfeiçoamento da cessão, causando insegurança jurídica nos agentes do mercado, em especial sobre muitos fundos já constituídos e em operação, e que contaram de boa-fé com previsão autorizativa expressa da regulamentação da CM para a estruturação de seus produtos nessas condições;
- iii) impactar diretamente a precificação dos créditos hoje detidos por esses veículos, visto que ela é influenciada por quaisquer garantias existentes, inclusive eventual coobrigação do cedente; e
- iv) frustrar o investimento dos cotistas do FIDC, uma vez que a exclusão dessa coobrigação aumenta indevidamente a possibilidade de inadimplemento do crédito cedido", sendo certo que "a confirmação da mencionada tese para o mercado dos FIDCs evidencia relevante risco de esvaziamento desse veículo de securitização, por incrementar, sem justificativa razoável ou fundamentação econômica, o risco de inadimplemento dos créditos cedidos, alterando inclusive as características de cessões já realizadas

de boa fé no passado sobre fundos já em operação, fato que poderia afrontar, a nosso ver e inclusive, o instituto do ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5º, XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal".

Foi nessa linha de inteligência que a Corte Especial, quando do julgamento do aludido apelo nobre (REsp 1.726.161/SP), proferiu emblemática decisão acerca da validade da cláusula contratual por meio da qual o cedente garante a solvência do devedor originário (cláusula *pro solvendo*). Transcreva-se a íntegra da ementa:

RECURSO ESPECIAL. FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS. MERCADO DE CAPITAIS. VALOR MOBILIÁRIO. DEFINIÇÃO LEGAL QUE SE AJUSTA À DINÂMICA DO MERCADO. SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS. CESSÃO DE CRÉDITO EMPREGADO COMO LASTRO NA EMISSÃO DE TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS. PACTUAÇÃO ACESSÓRIA DE FIANÇA. POSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS POR ESCRITÓRIOS DE FACTORING E PELOS FIDCs. DESCABIMENTO. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLVENDO. VIABILIDADE. 1. Com a edição da MP n. 1.637/1998, convertida na Lei n. 10.198/2001, houve a introdução no ordenamento jurídico de conceituação próxima à do direito americano, estabelecendo que se constituem valores mobiliários os títulos ou contratos de investimento coletivo que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advenham do esforço do empreendedor ou de terceiros. A definição de valor mobiliário se ajusta à dinâmica do mercado, pois abrange os negócios oferecidos ao público, em que o investidor aplica seus recursos na expectativa de obter lucro em empreendimento administrado pelo ofertante ou por terceiro. 2. Os Fundos de Investimento em Direito Creditório - FIDCs foram criados por deliberação do CMN, conforme Resolução n. 2.907/2001, que estabelece, no art. 1º, I, a autorização para a constituição e o funcionamento, nos termos da regulamentação a ser estabelecida pela CVM, de fundos de investimento destinados preponderantemente à aplicação em direitos creditórios e em títulos representativos desses direitos, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, bem como nas demais modalidades de investimento admitidas na referida regulamentação. 3. Portanto, o FIDC, de modo diverso das

atividades desempenhadas pelos escritórios de factoring, opera no mercado financeiro (vertente mercado de capitais) mediante a securitização de recebíveis, por meio da qual determinado fluxo de caixa futuro é utilizado como lastro para a emissão de valores mobiliários colocados à disposição de investidores. Consoante a legislação e a normatização infralegal de regência, um FIDC pode adquirir direitos creditórios por meio de dois atos formais: o endosso, cuja disciplina depende do título de crédito adquirido, e a cessão civil ordinária de crédito, disciplinada nos arts. 286-298 do CC, pro soluto ou pro solvendo. 4. Foi apurado pelas instâncias ordinárias que trata-se de cessão de crédito pro solvendo em que a recorrida figura como fiadora (devedora solidária, nos moldes do art. 828 do CC) na cessão de crédito realizada pela sociedade empresária de que é sócia. O art. 296 do CC estabelece que, se houver pactuação, o cedente pode ser responsável ao cessionário pela solvência do devedor. 5. Recurso especial provido. (REsp 1726161/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 03/09/2019).

Como se destacou, a ausência de enfrentamento das disposições e dos argumentos sobre a inexistência da vedação à contratação desta espécie de garantia, especialmente no que concerne às operações envolvendo os FIDC's, ensejavam não apenas decisões particularmente carentes de substrato fático/legal, mas, especialmente, danos nocivos à operação, com possibilidade concreta de retração do negócio.

O julgamento supra, portanto, que, pela relevância econômica do tema, contou com a participação de diversas entidades com inequívoca representatividade, cujas contribuições foram oportunamente trasladadas ao longo deste Parecer, reflete, finalmente, profunda inflexão sobre a matéria – até aquela ocasião, ainda não detidamente abordada na jurisprudência do STJ<sup>296</sup> –, a enveredar na necessária distinção entre os FIDCs e as empresas de *factoring*<sup>297</sup>, e, por consequência, julgar válida a cláusula de regresso nas cessões firmadas pelos fundos, conferindo maior segurança jurídica às operações, além de prestigiar não só a legislação e a normatização infralegal de regência, mas, sobretudo, os princípios norteadores da relação, nitidamente de caráter empresarial.

---

<sup>296</sup> O tema já voltou a ser objeto de análise da Corte, mediante julgamento do REsp 1.909.459-SC em 18/05/2021. Referida decisão, como dito, replica entendimento sufragado no âmbito do apelo nobre REsp 1.726.161/SP, no sentido de ser válida a cláusula *pro solvendo*. Vide Informativo nº 0697 do STJ, com publicação em 24 de maio de 2021.

<sup>297</sup> Distinção necessária, máxime pelo entendimento consolidado acerca das operações de *factoring*, recentemente ratificado no bojo do REsp 1.711.412-MG, julgado em 04/05/2021 (Info 695).



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, através de análise jurisprudencial e da legislação amoldada à espécie - embora concisa devido à limitação intrínseca à extensão desse trabalho - é possível inferir que é válida a cláusula contratual inserida em contrato de cessão de crédito celebrado com um FIDC que consagra a responsabilidade do cedente pela solvência do devedor, seja pelo que prevê a legislação, em especial, o artigo 296 do Código Civil, seja pelo arcabouço regulatório acerca da matéria (IN 356/2001), seja, ainda, pelos princípios que imperam na relação empresarial, como cuida a espécie.

Andou bem, nesse sentido, a Corte Especial, quando do julgamento do apelo nobre REsp 1.726.161/SP, e, mais recentemente, quando da consolidação do entendimento mediante julgamento do REsp 1.909.459-SC (Informativo nº 0697 do STJ), porquanto referida pactuação de cláusula *pro solvendo*, considerada válida no bojo dos aludidos recursos, encontra farto respaldo legislativo e principiológico, de forma que as decisões voltadas à negativa de sua validade representam interferência arbitrária e injustificada na autonomia privada das partes, causando sensível insegurança jurídica, afronta ao instituto do ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e, em última análise, possível esvaziamento desse veículo de securitização, por incrementar, como já destacado, sem justificativa razoável ou fundamentação econômica, o risco de inadimplemento dos créditos cedidos.

## DESAFIOS E PROPOSTAS DE AVANÇOS NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

**LUANA ALMEIDA SILVA:**

Bacharelado em Direito pelo  
Centro Universitário de Santa  
Fé do Sul/SP.

WALTER MARTINS MULLER  
(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o aumento da criminalidade no país, bem como entender por qual motivo as tentativas de inovações em que gestores da segurança pública vêm utilizando não estão contribuindo para diminuição da violência urbana, tampouco aumentando a sensação de segurança do povo brasileiro, pelo contrário, está subindo a taxa de violência, principalmente em crimes contra a vida, que é o bem jurídico tutelado de maior importância no nosso ordenamento. Em seguida, será citado dados, a sua identificação, as consequências e as formas de prevenção e melhoria da gestão de segurança pública. Este artigo foi elaborado por meio de pesquisas realizadas em artigos científicos, sites da internet e debates realizados por pesquisadores da área de segurança, obtendo seu desenvolvimento através da análise de dados, reflexão e leitura de outros pesquisadores, visando analisar e explorar a causa, consequências e propostas de melhorias na segurança pública brasileira.

Palavras-chave: Segurança Pública. Brasil. Violência Urbana. Gestão.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the increase in crime in the country, as well as to understand why the attempts at innovations that public security managers have been using are not contributing to a reduction in urban violence, nor are they increasing the sense of security of the Brazilian people, on the contrary, the rate of violence is rising, mainly in crimes against life, which is the most important legal asset under our legal system. Next, data will be cited, their identification, consequences and ways of preventing and improving public safety management. This article was elaborated through research carried out in scientific articles, internet sites and debates carried out by researchers in the field of security, obtaining its development through data analysis, reflection and reading of other researchers, aiming to analyze and explore the cause, consequences and proposals for improvements in Brazilian public safety.

Keywords: Public security. Brazil. Urban violence. Management.

### 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, as polícias são órgãos do Estado que possuem como finalidade constitucional a preservação da ordem pública, proteger as pessoas e o patrimônio, bem como realizar investigações, repressão de crimes e controlar a violência.

O tema Segurança Pública é discutido há anos no Brasil, no entanto não há uma evolução considerável de melhorias nesse âmbito. A segurança pública é um direito de todo cidadão brasileiro, assim como é um dever do Estado, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (BRASIL, 1988)

As atribuições da Polícia Federal são apurar infrações penais contra a ordem política e social, assim como outras infrações que tenham repercussão interestadual ou internacional; reprimir e prevenir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; exercer funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, bem como exercer as funções de polícia judiciária da União.

A Polícia Rodoviária Federal, tem como função o patrulhamento ostensivo das rodovias federais e Polícia Ferroviária Federal no patrulhamento das ferrovias federais.

Já as Polícias Civis, que são comandadas por Delegados de Polícia de carreira, têm como funções a de polícia judiciária e apuração de infrações penais, salvo as militares.

Às Polícias Militares cabe a função de polícia ostensiva e a função da ordem pública e aos Bombeiros Militares, a defesa civil.

Por fim, às Polícias Penais, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

Temos ainda o artigo 5º da Constituição Federal que trata a respeito dos direitos e deveres individuais e coletivos, que em seu caput dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (BRASIL, 1988)

Por outro lado, é possível analisar no transcorrer dos anos que esse direito não está sendo garantido de forma eficiente pelo Estado, visto que as medidas que são utilizadas não trazem a sensação de segurança para os cidadãos, pelo contrário, a população brasileira está imersa no medo e na insegurança de ir e vir livremente, dado que a violência vem aumentando cada vez mais, bem como progressivamente, a justiça brasileira insere cada vez mais indivíduos dentro de um sistema prisional precário, insalubre e sem ressocialização efetiva, contribuindo assim, para um indivíduo mais violento.

Apura-se, ainda, que os Estados tem investido cada vez mais na contratação de novos policiais, o que deveria ser positivo, entretanto, uma grande parcela da população não se sente segura com esses servidores, dado que existem muitos policiais que em suas operações utilizam-se de força excessiva e letal, bem como os lamentáveis casos de corrupção policial. Em contrapartida, no militarismo, por exemplo, superiores hierárquicos ainda compactuam com a cultura de fazer com que os novos soldados na escola de formação, recebam treinamentos humilhantes, viris, violentos e vexatórios, para assim criar agentes violentos e de fácil manipulação, o que colabora com o índice de suicídio de policiais, por não resistirem a pressão da corporação.

Dito isso, será que o Estado está investindo e trabalhando de forma a diminuir os índices de violência no país ou está indo na contramão do que realmente deve ser feito? A longo prazo, seria a prevenção da violência, evitando que jovens ingressem no mundo do crime, ou seja, através de políticas públicas, assim como estão investindo na criação de policiais mais eficientes, íntegros e profissionais?

Em resumo, este artigo abordará sobre o aumento da criminalidade, desmilitarização das polícias, o aumento da violência policial e o que está por trás disso, bem como analisará propostas de soluções e inovações para a segurança pública do Brasil.

## **2 A POLÍCIA BRASILEIRA, DESAFIOS NA SEGURANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SOLUÇÃO**

Sabe-se que existem várias instituições que compõem o Sistema de Justiça Criminal, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, os órgãos de Segurança Pública e do Sistema Penitenciário. Entretanto, no presente trabalho, será dado ênfase às polícias brasileiras,

visto que são as organizações mais visadas e acessíveis pela população, simplificando, são a “linha de frente”.

Antes de o Brasil ter sua independência de Portugal, foi quando surgiram as primeiras polícias, sendo nesse período que houve o surgimento de duas principais instituições que são reconhecidas no Estado: Polícia Civil e Polícia Militar.

Na prática, considerando as atividades de segurança pública nas ruas, a instituição mais conhecida é a Polícia Militar. Destarte, a maioria dos brasileiros não confiam nas instituições militares e grande parte da população não está satisfeita com a sua atuação, tendo uma visão negativa desses servidores.

Acontece que, a atribuição das Polícias Militares de enfrentarem e diminuírem a violência, não vem sendo muito efetiva, dado o que se pode analisar atualmente.

A Polícia Militar tem um histórico truculento de ações letais, como ocorreu no episódio conhecido como o “Massacre do Carandiru”, quando 111 detentos que foram assassinados pela Polícia Militar de São Paulo dentro da Casa de Detenção. Mais recentemente, 9 jovens foram mortos por essa mesma polícia, durante um baile funk, na comunidade de Paraisópolis, na zona sul do Município de São Paulo.

Somente em 2018, 6.220 pessoas foram mortas por agentes de segurança civis e militares, representando um aumento de aproximadamente 20% em relação ao ano anterior, segundo dados de 2019 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

Esses policiais recebem treinamento de uma política de extermínio daqueles que são considerados inimigos da nação, no entanto, através de noticiário e de estatísticas, percebe-se que esses “inimigos”, que são suspeitos, presos e mortos pelo Estado, encaixam-se em apenas um perfil: jovens, pretos, moradores de periferia, pobres e sem educação básica, conforme indica o relatório de julho de 2020 da Rede de Observatórios da Segurança, onde mostra que negros e pardos são 75% dos mortos pela polícia no país.

Por outro lado, a academia de formação desses policiais, proporciona para os alunos tratamentos humilhantes, rudes, viris e violentos, com a finalidade de desconstruir o lado humano daqueles seres, para que se tornem o militar superior a tudo, e que fará tudo em nome da segurança, como por exemplo, utilizar habitualmente a força letal em suas operações. Dito isso, esse tratamento traz consequências severas para muitos policiais, visto que grande parte desenvolve transtornos psicológicos devido à pressão militar, a baixa remuneração e ao alto risco de vida, levando muitos a buscarem tratamento psiquiátrico e outros a cometerem suicídios como única alternativa.

Por conseguinte, no dia 16 de maio de 2018, foi aprovado no Senado Federal o projeto de lei 19/2018 para a criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), o qual objetiva a integridade das pessoas e do patrimônio e a preservação da ordem pública, por meio da atuação conjunta, inteligente, integrada e sistêmica dos órgãos de segurança pública nas esferas Federal, Estadual e Municipal. A lei nº 13.675, permite que todas as forças de segurança pública se integrem para promoverem a prevenção e o controle da violência e criminalidade no país. A lei traz também a concepção da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) que tem como objetivo monitorar, avaliar e fomentar as atividades desenvolvidas pelos órgãos que compõem o SUSP.

O Brasil carece de implantação de políticas públicas inteligentes que englobam o investimento não só em policiamento, mas precipuamente em esporte, lazer, educação, saúde e acesso ao trabalho, onde será possível realizar a prevenção da violência e do cometimento de crimes.

Segundo Jorge da Silva (2004, p.15), é necessário ter consciência de que a segurança pública não é um simples problema policial, muito menos uma responsabilidade exclusiva do Poder Executivo, sendo também um problema de toda a sociedade e dos demais poderes.

### **3 DESMILITARIZAÇÃO DAS POLÍCIAS**

A Polícia Militar é uma instituição policial vinculada à hierarquia do Exército. Sendo que alguns aspectos da lei militar se repassam aos policiais, como: o uso de fardas; a disciplina; a lei militar; a hierarquia rígida e o uso da força para preservar a ordem pública.

A Desmilitarização da Polícia significa retirar da Polícia Militar os aspectos que a vinculam com o exército, ou seja, os policiais não responderiam mais à disciplina do Exército Brasileiro. Na prática, possuiriam liberdade para expressar críticas à polícia, organizar-se em sindicato e serem julgados em tribunais civis.

A forma como a Polícia Militar é organizada, é única no mundo, já que elas não conduzem investigações, ou seja, é também um modelo ineficiente, visto que não garante segurança à população e aos próprios policiais. Costumeiramente, as polícias militares são pequenos exércitos desviados da função.

Uma hierarquia rígida, é proporcionalmente adequada ao trabalho das forças armadas, os quais são responsáveis pela defesa nacional, defender a honra, a integridade e a soberania da Pátria contra agressões externas.

As policiais militares não possuem essa função, visto que elas existem para evitar a violação de direitos, tendo como objetivo garantir a segurança da população. Dito isso, a



desmilitarização da polícia, significa rever como as polícias são organizadas, a fim de que elas estejam prontas para prevenir crimes e não combater uma guerra.

No Brasil, as polícias militares são as que possuem o efetivo mais numeroso e são cobradas a serem produtivas. No entanto, as polícias militares entendem por essa cobrança de produtividade como uma cobrança por mais prisões. Em maior parte dos casos, sob a acusação de tráfico de drogas, das quais são uma das causas da superlotação dos presídios brasileiros. O policial militar está propenso a grandes operações, como as realizadas em periferias e favelas, onde na maioria das vezes, segundo dados, resultam na morte de jovens, negros e pobres. Dito isso, o que parece, é que o policial é lançado numa eterna guerra às drogas em que ele tem autorização para matar.

Importante ressaltar que desmilitarizar é diferente de desarmamento ou extinção da polícia. Desmilitarizar a polícia militar, é transformá-la numa instituição civil, como acontece com todas as outras instituições que fazem parte da segurança pública, para ser possível que seus membros possuam os mesmos direitos e deveres inerentes ao restante da população.

Ademais, essa proposta de desmilitarização das polícias militares, garante que todos os direitos trabalhistas sejam mantidos, pois o que é visado, é que os policiais sejam corretamente valorizados perante a sociedade e o Estado. Vejamos exemplos de alguns direitos individuais que policiais civis possuem e que policiais militares não possuem: liberdade de expressão; não ser arbitrariamente preso no quartel; poder se organizar em sindicato para defender coletivamente seus direitos e interesses.

Outro ponto importante, é que o sistema militar é extremamente oneroso para os cofres públicos, onde o Brasil é um país que gasta em torno de R\$24 bilhões em policiamento e apenas R\$1,3 bilhões em inteligência.

Dito isso, uma pesquisa divulgada em 2014 pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em parceria com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), órgão do Ministério da Justiça, é de que 73,7% dos praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes) são favoráveis à desmilitarização.

Foi em 2013 quando a primeira proposta de desmilitarização apareceu em forma de Proposta de Emenda Constitucional, através da PEC-51/2013, pelo senador Lindbergh Farias (PT-RJ), o qual apresentava uma forma que as polícias Militares e Civas constituíssem um único grupo policial e que eles tenham uma formação civil. Com essa PEC, os estados iriam ter o poder de realizar a organização da polícia conforme suas necessidades e essa autonomia poderia se estender aos municípios também. A PEC 51/2013, foi arquivada em

21/12/2018, no entanto, desde 21/03/2019 o Senador Humberto Costa (PT-PE) solicita o desarquivamento da presente matéria.

Por fim, em alguns modelos defendidos por estudiosos da área, o policial que está presente nas ruas, deveriam atuar como um gestor local da segurança pública. Sendo capaz de manter diálogo com a população e com o governo, a fim de diagnosticar os principais problemas de segurança daquela região, ou seja, alertaria a prefeitura, quais regiões necessitam de investimentos locais, como por exemplo em iluminação pública e lazer para crianças e adolescentes. Esse novo tipo de trabalho para os policiais, exigirá um novo perfil policial, com maior investimento em sua formação e mais valorização salarial para esses funcionários, bem como seria fundamentado no diálogo e na investigação, aproximando e conquistando a confiança da população local.

#### **4 ESTRATÉGIAS DE APRIMORAMENTO NA SEGURANÇA PÚBLICA**

A violência no Brasil está diretamente ligada à desigualdade social e ao fato de o Estado ser ausente em questões básicas como saneamento, saúde, educação e na geração de empregos. O governo enfrenta a cada dia, maiores desafios na hora de aplicar de forma efetiva, a segurança social. É necessário investir nessas outras áreas para ser possível melhoria na segurança pública a longo prazo.

Uma das ações mais urgentes é a necessidade da mudança de consciência por partes dos gestores públicos que são os responsáveis pela Segurança Pública, visto ser eles que lidam diretamente na criação e planejamento de estratégias para a segurança pública brasileira. Além de que, como já dito anteriormente, a segurança pública é um assunto interseccionado com outros setores da sociedade. E, entender isso, é fundamental para elaboração de ações e estratégias eficazes por meio desses gestores.

Outra ação importante, é analisar e entender que os fenômenos criminológicos são reflexos do quadro político. Porque, ao pensar em ações preventivas, elas necessitam ser direcionadas de forma ampla, ou seja, ter investimentos em hospitais, escolas, esportes, lazer e empregos, é uma das melhores maneiras de pensar em uma segurança pública de qualidade a longo prazo. Muitos países desenvolvidos mostram que a qualidade de vida da população, está diretamente associada aos menores índices de criminalidade nas regiões.

Também é importante salientar que, uma ação fundamental a ser tomada, é investir na reinserção social de ex-detentos. É possível realizar essa ação, por meio de qualificações para essas pessoas e mais oportunidades de empregos, para que não haja reincidência. Atualmente, já é utilizada uma política de reinserção através de cursos profissionalizantes, porém, ainda não é tão abrangente porque não há um investimento adequado nessa área.

Outro ponto sobre a reinserção dos ex-apenados, é investir em debates políticos com a população para que a sociedade extinga o preconceito contra essas pessoas.

A ação de reestruturação de políticas de drogas, também é um fator importante, visto que o tráfico de drogas tem uma enorme contribuição no encarceramento desenfreado de pessoas, trazendo prejuízos a sociedade e a segurança da população. Assim, reestruturar a política antidrogas pode ser uma ação de melhoria efetiva.

Por fim, outra ação que poderia ser analisada, é o estudo por parte dos gestores e funcionários da área de segurança pública, na área de psicologia criminal, pois ter um embasamento nessa área, irá permitir e contribuir na melhor capacitação desses profissionais na tomada de decisões e elaborações de políticas eficientes. Desse modo, ter essa formação irá se tornar mais pertinente para a sociedade, ao pensar que os números da criminalidade crescem de forma progressiva, tornando-se necessária a construção de profissionais qualificados.

## **5 SOLUÇÕES, INVESTIMENTOS E TECNOLOGIAS PARA CIDADES MAIS SEGURAS**

É sabido que, cada vez mais o mundo digital e físico está sendo interligado, trazendo soluções mais eficientes e céleres para diversas situações. A inteligência e tecnologia vem se mostrando como os principais aliados de todos os setores, públicos e privados, e no aparato da segurança pública não é diferente, é um dos principais aliados das forças policiais, dado que ajuda a combater e a prevenir à criminalidade, através da investigação inteligente.

Não obstante, já existe vinculação entre órgãos, no sentido de contribuir para a inserção de tecnologias no setor de segurança pública, como a Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) e a Superintendência de Pesquisa e Estratégia da Segurança Pública (Supesp) vem apresentando importantes resultados em pouco tempo de funcionamento. Tem-se ainda alguns institutos que vem contribuindo com o avanço de tecnologias no setor de segurança pública, como o Instituto Igarapé e o Instituto Tellus.

Algumas cidades do Brasil já usufruem de inovações da tecnologia em suas operações, como por exemplo, as câmeras utilizadas nos uniformes, que tem como função melhorar a transparência das ações policiais e aproximar a polícia e cidadão. Existe também um sistema que foi desenvolvido nos Estados Unidos onde possibilita a rápida revisão das políticas públicas na área de segurança, chamado Sistema de Detecção de Disparos de Armas de Fogo (SDD), já implementado no estado do Rio de Janeiro, que é por meio de um sistema acústico com sensores de áudio camuflados que são instalados em inúmeras regiões de áreas urbanas, captando assim as ondas, identificando onde tiros são disparados.

Existem alguns projetos de tecnologias desenvolvidas em parceria com o Instituto Igarapé: 1º o CopCast. É um aplicativo Android para aparelhos celulares que monitora áudio, vídeo e localização GPS, para assim aumentar a transparência das ações policiais, diminuir o uso da força policial e melhorar a segurança pública em regiões de média e baixa renda. Ele possui um painel de controle, onde é possível acessar o policial nas operações em tempo real. Esse aplicativo foi testado em 3 países e foi feita uma metodologia de avaliação de impacto em Nova Jersey e Santa Catarina para ver qual a possibilidade de escalar. Não foi possível escalar no Rio de Janeiro devido à falta de infraestrutura. 2º exemplo é o Observatório de Prevenção da Violência que é uma plataforma que associa informações dos diversos serviços de atendimento da Prefeitura, como educação, assistência e saúde, sendo possível realizar a localização dos indivíduos e famílias mais vulneráveis que podem se tornar vítimas ou causadores da violência, de modo a orientar políticas públicas de prevenção. Já foi introduzida na cidade de Paraty/RJ. Ele junta dados de saúde, educação, assistência social, para possibilitar que o prefeito saiba onde a política pública social dele não pode deixar de chegar. Exemplos: locais em que o médico da família tem que ir mais vezes; quando tem que ser acionado o conselho tutelar; qual o papel do diretor de escolas para um aluno que está evadindo; como é que ajuda uma mãe que tem 5 filhos, está sozinha e é dependente química, etc. Esse painel ajuda achar essas pessoas e, poder trabalhar no lado mais eficaz que menos se faz, que é a prevenção e é no município que é possível transformar o cenário atual. Necessita-se agora que o Estado se utilize desses projetos e invista neles para melhorar sua situação atual.

Para Bueno de Jesus (2044, p.16), é certificado que é de grande importância que o Estado conceba as políticas para a Segurança Pública, envolvendo os demais setores da Administração Pública, em uma gestão democrática com toda a sociedade, visto que ajudará impedir a solução de continuidade das ações, a qual se verifica justamente pela inexistência de uma política séria e eficiente para a Segurança Pública.

## **6 CONCLUSÃO**

Finalmente, ao abordar alguns temas relacionados à segurança pública, foi possível verificar diversas falhas da ação estatal, no entanto, foram apresentadas algumas medidas para contribuir com a melhoria do sistema, como, por exemplo, elaborar uma política de segurança pública séria e eficaz, realizar o investimento em políticas sociais de modo a contribuir na prevenção da criminalidade, agregar mais funções e políticas sociais nos municípios, investir na qualificação de profissionais da área de segurança e estabelecer harmonia e articulação entre os variados órgãos policiais, investir na desmilitarização das polícias, bem como, investir em inteligência e tecnologia, contribuindo assim, para um país mais avançado e seguro.

Lisboa (1997, p. 9), complementa que a Constituição Federal estabeleceu que cabe, precipuamente aos Municípios, a função de atuar socialmente, incumbindo aos Estados e à

União as funções de polícia. Ele apresenta também diversas alternativas para o aperfeiçoamento do sistema de Segurança Pública do país, como por exemplo o engajamento da comunidade na prevenção ao crime, a dedicação e esforço das prefeituras para prover adequadamente os serviços sociais, a ajuda dos Municípios em campanhas contra a violência e na recuperação de infratores.

Por derradeiro, importante salientar que o estudo desse artigo não possui a pretensão de exaurir todo o tema, pelo contrário, este é apenas o início de uma extensa discussão que ainda está por vir sobre o assunto, uma vez que a segurança é um direito difuso e inerente a toda coletividade.

## REFERÊNCIAS

A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Brasília, 2018. Disponível em:

<[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK\\_SISTEMA\\_PRISIONAL.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf)> Acesso em: 01 ago. 2021.

**A Segurança Pública no Brasil**. Disponível em:

<<https://www.observatoriodeseguranca.org/a-seguranca-publica-no-brasil/>> Acesso em: 18 jul. 2022.

Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Conectas – **Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/?gclid=CjwKCAjw0qOIBhBhEiwAyvVcfzsU-yoFr2uShqK-CFw9xsj5RUbcAhwS8jPODaC1rFBu43aau0cv8xoCw5IQAuD\\_BwE](https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/?gclid=CjwKCAjw0qOIBhBhEiwAyvVcfzsU-yoFr2uShqK-CFw9xsj5RUbcAhwS8jPODaC1rFBu43aau0cv8xoCw5IQAuD_BwE)>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 01 ago. 2021.

BUENO DE JESUS, José Lauri. O estado democrático de direito e as políticas de segurança pública. **Revista Unidade**, Porto Alegre, n. 57, p. 7-18, jan/dez, 2004.

Cidades Seguras. **Instituto Igarapé**. Disponível em:

<<https://igarape.org.br/temas/cidades-seguras>. > Acesso em: 01 ago. 2021.

CISCATI, Rafael. **Garantia do Estado de Direito**. Disponível em:

<<https://brasildedireitos.org.br/atualidades/para-repensar-a-segurana-pblica/?noticias/627-para-repensar-a-segurana->

[pblica#utm\\_source=google&utm\\_medium=search&utm\\_campaign=seguran%C3%A7a](#)  
Acesso em: 18 jul. 2022.

CISCATI, Rafael. **Violência policial reflete cultura política.** Disponível em:  
<<https://brasilledireitos.org.br/atualidades/violncia-policial-reflete-cultura-poltica-diz-estudioso?/noticias/618-violncia-policial-reflete-cultura-poltica-diz-estudioso>> Acesso em: 18 de jul. 2022.

CISCATI, Rafael. **Como criar polícias melhores.** Disponível em:  
<<https://brasilledireitos.org.br/atualidades/como-criar-polcias-melhores?/noticias/624-como-criar-polcias-melhores>> Acesso em: 18 jul. 2022.

CORRÊA, Ícaro. **Segurança pública brasileira: responsáveis, números e desafios.** Disponível em: <<https://www.politize.com.br/seguranca-publica-brasileira-entenda/>>  
Acesso em: 26 jul. 2021

**Evolução das mortes intencionais no Brasil.** Disponível em:  
<<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/1-evolucao-das-mortes-violentas-intencionais-no-brasil.pdf>> Acesso em: 26 jul. 2021.

Exemplos de tecnologias aplicadas na segurança pública. **Instituto Tellus.** Disponível em:  
<<https://tellus.org.br/conteudos/artigos/tecnologias-seguranca-publica/>> Acesso em: 01 ago. 2021.

FILHO, Dermeval. **A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro.** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/11797-avisaodosistemaprisionalbrasileiro>> Acesso em: 20 jul. 2022.

GASPARETTO, Gilberto. **Instituição se divide em diferentes tipos e funções.** Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/policia-instituicao-se-divide-em-diferentes-tipos-e-funcoes.htm>>

GOMES, Marcos. **Segurança pública brasileira.** Disponível em:  
<<https://blog.ipog.edu.br/educacao/seguranca-publica/>> Acesso em: 18 jul. 2022.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. **Ministério da Justiça e Segurança Pública.** Julho a Dezembro de 2019. Disponível em:  
<<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>> Acesso em: 27 jul. 2021.

LIMA, R. S.; SILVA, G. A. C.; OLIVEIRA, P. S. **Segurança pública e ordem pública: apropriação jurídica das expressões à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrios.** Disponível em:



<[https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/renato\\_s\\_de\\_lima\\_seguranca\\_publica\\_e\\_ordem\\_publica\\_apropriacao\\_juridica.pdf](https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/renato_s_de_lima_seguranca_publica_e_ordem_publica_apropriacao_juridica.pdf)> Acesso em: 01 ago. 2021.

LISBOA, Claudionor. O município e a segurança pública. **Revista A Força Policial**, São Paulo, n. 14, p. 7-13, abr/jun, 1997.

MACHADO, Cristiane Pereira. **O contexto histórico da Lei de execuções penais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/90440/o-contexto-historico-da-lei-de-execucoes-penais>> Acesso em: 13 nov. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 10ª Edição. Ed. Atlas, 2002, p.82.

NASCIMENTO, Stephany. **Desmilitarização da polícia: argumentos a favor e contra**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/desmilitarizacao-policia/>> Acesso em: 18 jul. 2022.

OLIVEIRA, Caroline. **O que está por trás da truculência da Polícia Militar?** Brasil de Fato. São Paulo. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/10/02/o-que-esta-por-tras-da-truculencia-da-policia-militar>> Acesso em: 27 jul. 2021.

**Os conceitos de ordem pública e segurança pública na constituição da república federativa de 1988**. Disponível em:

<<https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/cf-segpubl-pm.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2021.

PARALELO, Brasil. **Conheça os argumentos pró e contra a desmilitarização da polícia**. Disponível em: <[https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/desmilitarizacao-da-policia?gclid=CjwKCAjw5s6WBhA4EiwACGncZQ4MfHIOFe1fmnkiudyc-G6pHj0le9ev1FimteCkgCkxP6i-IPvsrRoCEioQAvD\\_BwE](https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/desmilitarizacao-da-policia?gclid=CjwKCAjw5s6WBhA4EiwACGncZQ4MfHIOFe1fmnkiudyc-G6pHj0le9ev1FimteCkgCkxP6i-IPvsrRoCEioQAvD_BwE)> Acesso em: 18 jul. 2022.

Revista Consultor Jurídico. **Execução é falha**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-15/execucao-penal-falha-reformada-pesquisa>> Acesso em: 18 jul. 2021.

SALLES, Silvana. **Violência policial e encarceramento em massa alimentam expansão do PCC**. Jornal USP. 31/08/2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/violencia-policial-e-encarceramento-em-massa-alimentam-expansao-do-pcc/>> Acesso em: 31 jul. 2021.

Sistema único de Segurança Pública (SUSP). **Portal da Segurança Pública**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/susp>> Acesso em: 27 jul. 2021.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SOUSA, R. C.; ALMEIDA, M. A.; **Polícia e Sociedade**. Disponível em: <[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA\\_EIXO\\_2011/PODER\\_VIOLENCIA\\_E\\_POLITICAS\\_PUBLICAS/SEGURANCA\\_PUBLICA\\_OS\\_DIFERENTES\\_OLHARES\\_PARA\\_UMA\\_MESMA\\_SOCIEDADE.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/PODER_VIOLENCIA_E_POLITICAS_PUBLICAS/SEGURANCA_PUBLICA_OS_DIFERENTES_OLHARES_PARA_UMA_MESMA_SOCIEDADE.pdf)> Acesso em: 26 jul. 2021.

Supesp investe em tecnologia e inteligência para promover a segurança pública. Governo do Estado de Ceará. 2021. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/2021/06/09/supesp-investe-em-tecnologia-e-inteligencia-para-promover-a-seguranca-publica/>> Acesso em: 01 ago. 2021.

## ALIMENTOS DO MENOR NA MULTIPARENTALIDADE

**ANA GABRIELA DE AGUIAR LIMA:**  
advogada, pós graduada em direito civil e empresarial pela UFPE e pós graduada em direito de família e sucessões pelo complexo de ensino Renato Saraiva.

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO  
(orientadora)

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Multiparentalidade: Conceito. 2. A Multiparentalidade no Brasil. 3. Alimentos: Breve digressão. 4. Deveres oriundos da multiparentalidade. 4.1. Dever Alimentar. Considerações Finais. Referências.

### Introdução

A sociedade no seu caminhar veio trazendo novas formações familiares, não havendo um modelo de família apenas, mas de famílias, por essa razão chama-se Direito das Famílias, pois há uma pluralidade de entidades familiares, que vem desafiando as categorias jurídicas, uma vez que não há mais um modelo padrão de família. As constantes transformações na organização familiar demandam um novo olhar sobre a forma de interpretar o Direito de Família e as relações de parentalidade. Dessa forma, necessário se faz adequar as novas categorias para essa nova realidade que surgiu, a saber: a multiparentalidade.

Tem sido hoje frequente o enfrentamento de situações que envolvem o reconhecimento de que alguém pode ter mais de um pai, mais de uma mãe, ou ambos. Tal o que se determina pela recompreensão das estruturas familiares, pela multiplicidade de suas formas de constituição e que acaso levam à entrevisão de uma real multiparentalidade. A própria socioafetividade, que impõe vínculo parental tanto quanto a consanguinidade, acabou levando à admissão dessa conjuntura que também pode ser chamada de pluriparentalidade. (Godoy, 2018)

### 1. Multiparentalidade: Conceito

Durante muito tempo a única família era a resultante do casamento entre um homem e uma mulher. Filho era somente quem havia nascido no âmbito desta família. Era assim chamado de filho legítimo. Os demais não podiam ser reconhecidos e nem tinham direito algum. Quem era registrado somente no nome da mãe, era pejorativamente chamado de “filho da mãe”, expressão que carregava forte colorido

discriminatório contra a mulher que teve um filho sem ter um marido. Mas nada disso mais subsiste em um mundo plural, em que o amor tornou-se líquido e o afeto passou a ser o elemento identificador das relações familiares e parentais. Tanto uma como a outra são se constituem pelos elos de convivência e não estão sujeitas a modelos pré-moldados ou condicionadas a qualquer vinculação genética. (Dias, 2016)

As famílias brasileiras veem enfrentando diversas mudanças em sua formação. Não há mais prevalência do modelo tradicional de família e o direito vem se adequando a essa nova realidade social. A multiparentalidade, por sua vez, é resultado desses novos arranjos familiares.

Quando o vínculo de filiação socioafetiva se constitui concomitante ou sucessivamente, possível a declaração da multiparentalidade com a inclusão, no registro de nascimento, do nome de quem também passou a exercer a paternidade (DIAS, 2021)

O termo Multiparentalidade significa múltipla paternidade ou maternidade socioafetiva cumulada com a paternidade ou maternidade biológica, havendo a possibilidade de mais de um pai ou mãe constarem na certidão de nascimento.

É a possibilidade de ter dois pais e duas mães no seu registro de nascimento. Trata-se basicamente de uma questão atual, a partir de um julgamento no Supremo Tribunal Federal, no qual se reconheceu na decisão a possibilidade de se ter dois pais.

A multiparentalidade é uma realidade da jurisprudência pátria e existe por força de disposição expressa no Código Civil Brasileiro quando diz que o parentesco pode ter uma "outra origem":

Art. 1.593. O Parentesco é natural ou civil conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Nos moldes da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 albergou o princípio da igualdade da filiação (art. 1.596) e da afetividade, enquanto critério balizador das demandas sobre as guardas dos filhos (art. 1.583, §5º). Nessa dimensão houve o reconhecimento do parentesco civil proveniente de outra origem (art. 1.593) e pela inscrição da filiação socioafetiva no rol das hipóteses de presunção de filiação. (art. 1.597, V). (Lobo, 2021).

Nesse sentido, tem-se que da paternidade socioafetiva decorre todos os direitos e deveres inerentes à paternidade, mais especificamente quanto a prestação de alimentos, uma vez que, o parentesco pode resultar da consanguinidade ou de outra origem.

Sobre o tema, bastante comum e disseminado é o ditado popular: “Mãe e pai é quem cria”, trata-se, na verdade, da pessoa que de fato dá condições para formação humanística, de caráter, e de educação da criança.

Ainda que a biologia – ao menos por enquanto – reconheça que uma criança tem origem da junção de material genético reprodutivo de um homem e uma mulher, nem sempre são os genitores que assumem as funções parentais. Pais são aqueles que têm um vínculo afetivo de tal ordem que assumem as funções parentais. Assim, pai e mãe, não necessariamente têm uma vinculação biológica com o filho. Daí a diferenciação levada a efeito pela doutrina. Genitor é quem gera. Pai é o que cria, cuida, se preocupa... (Dias, 2020)

A partir da premissa de que família é uma estruturação psíquica em que a parentalidade se consubstancia no exercício das funções de paternidade e maternidade por pessoas que não sejam, necessariamente, os pais biológicos e que exercitem, faticamente, a autoridade parental por meio de condutas aferíveis objetivamente, correspondendo às funções de educar, assistir e criar os filhos, conforme o art. 229 da Constituição Federal, a realidade evidencia que uma pessoa pode ter mais de dois pais e duas mães exercendo estas funções parentais. (Franco, 2021)

Berenice Dias, por sua vez, defende que o reconhecimento da multiparentalidade sana uma lacuna, que há muito o direito de família reclamava, principalmente levando-se em consideração as famílias recompostas e os casos de procriação proveniente das técnicas de reprodução assistida. Para ela, a multiparentalidade configura uma verdadeira revolução em matéria de filiação, pois o modelo parental binário não acolhe a realidade das entidades familiares. Por esta razão, afirma que proibir famílias multiparentais só prejudica os filhos, pois a estes é imposta uma prova de lealdade: amar o pai biológico, ou o padrasto. Ao final um juiz decidirá quem é o pai. Questiona então: Será que precisará optar somente por um deles ? E, conclui afirmando que “Um é pouco, dois é bom e três não é demais” (Dias, 2016)

Com isso, tem-se que o reconhecimento da multiparentalidade é mais um degrau nos avanços do reconhecimento do afeto enquanto um valor jurídico. Se a pessoa vivencia uma situação de variados vínculos afetivos em sua ancestralidade, não há como deixar de reconhecermos efeitos jurídicos nessa relação. Segundo o Ministro Fux, relator do processo, não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia

transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário. (Rosa, 2021)

## **2. A Multiparentalidade no Brasil**

A respeito da multiparentalidade nos deparamos com uma pequena produção doutrinária anterior a Tese de Repercussão Geral, sugerindo que esse instituto já ocorria na realidade fática das famílias e do direito brasileiros. Nessa direção a família homoafetiva, a filiação proveniente das técnicas de reprodução heteróloga e alteração na Lei de Registro Público pela Lei Clodovil de 2009 são exemplos de relações constituídas por vínculos múltiplos, que teriam servido, segundo esse entendimento, para indicar o surgimento da multiparentalidade no direito brasileiro. (Lobo, 2021).

Entretanto, é sabido que a inserção da multiparentalidade no Direito brasileiro se deu através da via jurisprudencial, mais precisamente através do julgamento da Tese 622 pelo Supremo Tribunal Federal.

Após a tese surgiram várias outras contribuições doutrinárias. Princípios com as reflexões trazidas por Ricardo Calderón. Segundo ele, os principais reflexos da tese de repercussão geral foram o reconhecimento jurídico da afetividade, o vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e, a possibilidade jurídica da multiparentalidade. Quanto a este último aspecto, considera que o acolhimento da tese representa uma conquista e “coloca – mais uma vez- o Supremo Tribunal Federal na vanguarda do direito de família. (Lobo, 2021)

## **3. Alimentos: Breve digressão**

O Direito aos alimentos está, primeiramente, previsto na Constituição Federal de 1988, dentro do Capítulo dos Direitos Sociais, como sendo um dos direitos essenciais à manutenção e existência humana. Trata-se de um instituto de suma importância, tendo em vista que o seu inadimplemento possibilita a única forma de prisão civil por dívida. O Código Civil, por sua vez, traz no seu art. 1.694, a seguinte redação: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

O conceito de alimentos abarca todas as necessidades vitais do ser humano para se viver com dignidade e não se reduz à noção daquilo que é comestível apenas. Desse modo, a noção de alimentos deve abranger desde aquilo que o ser humano necessita para se alimentar, passando pela moradia, vestuário, saúde, educação e, findando, inclusive, no lazer. (Queiroz, 2018)



De forma simples e didática, os alimentos não são devidos somente para atender às necessidades básicas de sobrevivência. Alimentos tem significado de valores, bens ou serviços destinados as necessidades existenciais de pessoas, em virtude de relações de parentesco, do dever de assistência ou de amparo.

Trata-se, ainda de um direito pessoal extrapatrimonial, e tem um fundamento ético-social, pois o alimentando não tem interesse econômico, uma vez que a verba alimentar não aumenta seu patrimônio, não servindo também de garantia aos seus credores, sendopor sua vez, uma manifestação do direito à vida, que tem caráter personalíssimo.

Quanto a relevância e atualidade do tema, Maria Berenice Dias ensina que: “Das mazelas que aportam aos tribunais, não há quem duvide que as demandas de alimentos são as mais recorrentes e as que exigem uma resposta mais imediata: rápida solução e eficaz execução. Afinal, de todas as necessidades do ser humano, o direito à sobrevivência é o mais premente, o mais urgente, pois ninguém vive sem alimentos. Apesar de todas estas verdades, pouco ou quase nada assegura efetividade a este direito tão fundamental, que, ao fim e ao cabo, preserva a dignidade humana. Não há como esquecer que o direito à alimentação tem sua matriz no direito da personalidade, que assegura a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive, é reconhecido entre os direitos sociais (CR, art. 6º).” (Dias, 2020)

Os alimentos têm como finalidade garantir o direito à vida, que por sua vez é um direito da personalidade, além de ser o maior direito resguardado pela Constituição Federal de 1988.

Para o Professor Christiano Cassettari, os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal influenciam no valor dos alimentos, corroborando a tese de Luiz Edson Fachin sobre a necessidade da existência de um patrimônio mínimo para a pessoa, que possa garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, os alimentos devem garantir acesso à educação (escola), à saúde (plano de saúde), à moradia (aluguel, condomínio), ao lazer (cinema, teatro), à segurança, dentre outros direitos. (Cassettari, 2018)

Posto isso, verifica-se que alimentos não está relacionado apenas à alimentação, mas a um gênero maior que abrange os direitos sociais acima descritos.

Quanto a obrigação alimentar e o dever de sustento, a doutrina diferencia obrigação e dever alimentar. O art. 1.566, inciso IV do Código Civil de 2002, ensina que são deveres de ambos os cônjuges, ou seja, dos pais, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, obrigação decorrente do poder familiar. Por outro lado, a obrigação alimentar, decorre da mútua assistência e da solidariedade familiar, com fundamento no art. 1.694 do Código Civil, com a seguinte redação: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros

pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

Quanto ao fim da obrigação alimentar, Maria Berenice Dias traz uma importante distinção sobre o tema: “Merece ser feita uma distinção entre a extinção do direito a alimentos e exoneração do encargo alimentar. A morte de qualquer das partes leva à extinção da obrigação. Quando da morte do credor, havendo eventual crédito alimentar devido e não pago, os herdeiros do alimentado têm legitimidade para cobrá-lo. Com o falecimento do alimentante, a obrigação alimentar transmite-se aos seus herdeiros (CC, art. 1.700). Doutrina e jurisprudência ainda não se entenderam quanto ao alcance da transmissibilidade prevista na lei. Como os alimentos são estabelecidos em atenção ao binômio necessidade- possibilidade, desaparecendo um dos vértices desta equação, possível o alimentante buscar a exoneração do encargo de pagar alimentos. A exoneração não é definitiva: ressurgindo a necessidade do credor ou a possibilidade de pagar do devedor, pode ser restabelecido o encargo.” (Dias, 2020).

A obrigação alimentar será extinta diante das seguintes situações: Quando o alimentando alcança a maioria civil; quando ocorre a morte do credor de alimentos; quando há casamento, união estável ou concubinato do credor; e por fim, se o credor tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Para Maria Berenice Dias, no momento em que os filhos atingem a maioria, cessa o poder familiar, o que não leva à extinção automática do encargo alimentar. Entre pais e filhos surge o dever recíproco de alimentos, em decorrência da solidariedade familiar. Desse modo, estabelecidos alimentos em razão do poder familiar, o fato de o filho completar a maioria não livra o genitor do dever de continuar pagando o encargo, que deriva da relação paterno-filial. Ele não pode simplesmente parar de pagar alimentos. É necessário que busque judicialmente a extinção do encargo. Até a maioria do filho sua necessidade é presumida. Trata-se de presunção absoluta (*juris et de jure*), ou seja, decorre da lei, não admitindo prova em contrário. Depois dos 18 anos, a presunção passa a ser relativa (*juris tantum*). (Dias, 2020).

Outra situação que enseja a extinção da obrigação alimentar, se dá quando ocorre a morte do credor, isto porque nas palavras da Professora Mônica Queiroz, essa possibilidade surge como corolário lógico do caráter personalíssimo da obrigação de alimentos. Ademais, o fato de o credor casar-se, viver em união estável ou concubinato, também extingue a obrigação de prestar alimentos, isto porque o art. 1.708, caput do Código Civil prevê que com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. (Queiroz, 2018).

Por fim, o art. 1.708, no seu parágrafo único, traz a possibilidade de extinção da obrigação alimentar quando há o procedimento indigno em relação ao devedor, ou seja,

aquele que paga os alimentos: “Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Para Maria Berenice Dias, o reconhecimento de indignidade pode gerar a extinção total ou parcial da obrigação alimentar, de modo a assegurar o mínimo existencial ao credor. Além disso, é possível o restabelecimento dos alimentos caso o credor comprove ter ocorrido o perdão por parte do alimentante.” (Dias, 2020)

## **4. Deveres oriundos da Multiparentalidade**

### **4.1 Dever Alimentar**

Como principal consequência jurídica da Multiparentalidade tem-se a inclusão no registro civil de mais de um pai e mais de uma mãe, entretanto, a multiparentalidade tem efeitos jurídicos na Sucessão, na Previdência, no estado e no nome, e por fim, nos Alimentos.

De maneira incipiente, cumpre destacar que o presente artigo se limita as hipóteses em que um filho possui um pai socioafetivo e posteriormente descobre um vínculo biológico com outrem ou, ao contrário, quando se tem primeiramente um vínculo biológico, mas no decorrer da vida é presenteado por um vínculo afetivo.

De acordo com o Enunciado de número 09 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a Multiparentalidade gera efeitos jurídicos. Dentre esses efeitos jurídicos está a obrigação de caráter alimentar.

Por sua vez, o enunciado 341 da CJF, prevê que para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar. Vale salientar que conforme o art. 1.609 do Código Civil brasileiro, o reconhecimento de um filho é ato irrevogável.

A Filiação socioafetiva que, atualmente, pode ser reconhecida até mesmo de forma extrajudicial, tem como norte, entre outros fatores, a igualdade entre as filiações, independentemente de origem. Assim não há dúvidas de que o filho socioafetivo tem direito aos alimentos. Nessa esteira, estabelece o enunciado n. 341 das Jornadas de Direito Civil: para “os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador da obrigação alimentar”.

Reconhecida a parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto. Não há modo melhor de contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para a multiparentalidade. Afinal, é impossível negar que alguém possa ter mais de dois pais. E todos eles devem assumir

os encargos decorrentes do poder familiar. Neste sentido enunciado do IBDFam: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos. (Dias, 2016)

Importante esclarecer que na Multiparentalidade, a existência de um vínculo afetivo não exime a responsabilidade daquele que possui o vínculo biológico, sendo todos igualmente responsáveis de forma compartilhada, pela educação, sustento, e proteção do indivíduo em formação, uma vez que o dever alimentar está amparado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A prevalência da paternidade socioafetivo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Quando mais pessoas são reconhecidas como pais ou como avós, surge, com relação a todos, obrigação alimentar concorrente. (Dias, 2021)

Adentrando ao cerne do tema, a doutrina de Paulo Lôbo é no sentido de que os alimentos devem ser partilhados pelos pais socioafetivos e biológicos em igualdade de condições; em caso de conflito, o juiz deve considerar a partilha proporcional do valor de acordo com as possibilidades econômicas de cada um, segundo os critérios da justiça distributiva. (Franco, 2021)

Diante do reconhecimento da parentalidade exercida, seja biológica ou socioafetiva, decorre o dever de alimentos de forma recíproca, bem como todos os demais efeitos jurídicos inerentes à relação filial. (Franco, 2021)

Nesse sentido tem-se alguns julgados para elucidar melhor o tema:

APELAÇÃO CIVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. DIREITO AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ASCENDÊNCIA. DIREITO ABSOLUTO. IRRENUNCIÁVEL. NOME DO GENITOR NO REGISTRO. POSSIBILIDADE. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. ALIMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL. FILHO. MENOR IMPÚBERE. NECESSIDADE MANIFESTA DE ALIMENTOS. DISTANCIAMENTO AFETIVO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. NÃO ADEQUAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O princípio do melhor interesse do menor tem por objetivo garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança, já que o menor, a partir do entendimento de tal princípio, ganha status de parte hipossuficiente, devendo ter sua proteção jurídica maximizada. 2. O direito ao conhecimento da própria ascendência ganha supremacia constitucional à medida que, como componente do direito ao livre

desenvolvimento da personalidade, conjugado como o princípio constitucional da dignidade humana, consubstancia-se numa garantia da realização da esfera de vida íntima da pessoa e na conservação das condições fundamentais para a compreensão e o desenvolvimento da sua individualidade, sendo este direito um direito inato, absoluto, imprescritível e, entre outras características, irrenunciável. 3. O nome do genitor no registro de nascimento da criança lhe assegura a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, bem como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conjugado como o princípio constitucional da dignidade humana.

4. A tese de multiparentalidade foi julgada pelo STF em sede de repercussão geral, onde decidiram que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios. 5. O reconhecimento da paternidade biológica não exclui a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva, caso haja interesse. 6. Segundo o art. 229 da constituição Federal, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. 7. Ainda que não haja pedido de uma parte para que seja estabelecido encargo alimentar à outra parte, em se tratando de filho menor impúbere, a necessidade de alimentos é manifesta. 8. Uma vez demonstrado o grande distanciamento afetivo entre pai biológico e filho, bem como a ausência de afeto entre as partes, a regulamentação de visitas não se mostra medida adequada ao melhor interesse do menor. 9. O indeferimento da regulamentação de visitas hoje, não impede a postulação desse direito pelo pai biológico em ação autônoma, quando for possível a ele fazer a apresentação de provas hábeis de alteração da situação de fato, a confirmar que a eventual introdução da convivência representará, guardadas as regras cabíveis, uma medida benéfica ao desenvolvimento psicológico do menor, observando-se uma gradativa adaptação. 10. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 00032002320178070010 - Segredo de

Justiça 0003200-23.2017.8.07.0010, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 20/06/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 22/06/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. REGULARIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA DO PAI REGISTRAL. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. DEVER DE PAGAMENTO DE ALIMENTOS CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO MENSAL. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS PELA MAIORIDADE DO AUTOR. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO ÍNDICE INPC. ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. MUDANÇA DO NOME DO AUTOR. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. AMBOS OS RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Trata-se de recursos de apelação interpostos em face de sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou parcialmente procedente a ação de investigação de paternidade c/c Alimentos c/c anulação de registro de nascimento, reconhecendo a paternidade biológica do autor da ação, fixando alimentos, anulando o seu registro de nascimento e determinando a confecção de uma nova certidão com a respectiva alteração de nome do autor. 2. A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Precedentes. 3. O registro efetuado pelo suposto pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, é seu consectário lógico. Precedentes. 4. Nos termos da súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça, "julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação". 5. Quanto ao termo final, o advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos



em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado. No caso, como o autor não fez prova da sua necessidade alimentícia após o advento da maioridade, a obrigação do réu deverá durar até os dezoito anos do autor. 6. Pensão alimentícia majorada de 3 (três) para 5 (cinco) salários mínimos mensais, a incidir desde o dia 05/12/2005 (primeiro "dia 5" após a citação do alimentante, ocorrida em 25/11/2005, vide fl.68) até o dia 05/10/2007 (último "dia 5" antes da maioridade do autor, ocorrida em 27/10/2007, vide fl.31), totalizando, 23 prestações mensais. 7. Por ser a correção monetária mera recomposição do valor real da pensão alimentícia, é de rigor que conste, expressamente, da decisão concessiva de alimentos - sejam provisórios ou definitivos - , o índice de atualização monetária, conforme determina o art. 1.710 do Código Civil. Na hipótese, para a correção monetária, faz-se mais adequada a utilização do INPC, em consonância com a jurisprudência do STJ, no sentido da utilização do referido índice para correção monetária dos débitos judiciais. Precedente. 8. É prescindível o prévio ou concomitante ajuizamento do pedido de anulação do registro de nascimento do investigante, dado que esse cancelamento é simples consequência da sentença que der pela procedência da ação investigatória. Precedentes. 9. Distribuição dos ônus sucumbências. Reconhecida a sucumbência recíproca, as custas processuais deverão ser divididas igualmente entre os litigantes. Em relação aos honorários advocatícios, os advogados do autor deverão ser remunerados na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação da prestação de alimentos. Em relação aos advogados do réu, arbitra-se, por equidade a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais), considerando o longo tempo de duração do processo (quinze anos) e o grau de zelo dispensado pelos causídicos. 10. Ambos os recursos conhecidos e parcialmente providos. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos de nº 0056570-88.2005.8.06.0001, acorda a 4ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, pela unanimidade de seus membros, em conhecer e dar **PARCIAL PROVIMENTO** a ambos os recursos, nos termos do voto do relator. Fortaleza, 15 de setembro

de 2020. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE Presidente do Órgão Julgador RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS Desembargador Relator (TJ-CE - AC: 00565708820058060001 CE 0056570-88.2005.8.06.0001, Relator: RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, Data de Julgamento: 15/09/2020, 4ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2020)

O maior prestígio da filiação socioafetiva não subtrai as obrigações do pai registral ou do pai biológico. Daí a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou da menor capacidade alimentar do pai socioafetivo, que não está em condições de atender satisfatoriamente as reais necessidades do filho que acolheu por afeição. O pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro. O filho afetivo tem direito aos alimentos dos pais genéticos não apenas quando ocorre a impossibilidade de alimentação pelos pais afetivos, mas também quando há necessidade de complementação da verba alimentar. (Dias, 2020)

### **Considerações Finais**

Nas palavras do professor Conrado Paulino, não podemos esquecer que o direito de filiação é imprescritível (art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e que, se for o caso, é um direito incontestável da prole em buscar o reconhecimento do vínculo parental. Todavia, esse deve atender o melhor interesse dos filhos e não, por outro lado, dos genitores. Imperioso referir que, a partir da constituição de um vínculo multiparental, não há dúvidas que o filho contará com todos os direitos inerentes ao estado de filiação, entre eles, convivência familiar e alimentos, mas também, as consequências sucessórias. O que não pode ser esquecido que embora esse filho que obtenha o reconhecimento de sua ancestralidade multiparental aparentemente conte com certa "vantagem", em comparação ao tradicional modelo biparental, é o fato de que, na velhice de seus ascendentes, a Constituição Federal, no artigo 229, imputar-lhe o dever de amparo de todos eles. Quanto maior o direito, maior a obrigação e, em breve, tais demandas certamente estarão batendo às portas do judiciário. (Rosa, 2021)

Conclui-se pelo presente artigo que trata-se de direito de todas as crianças e adolescentes após o reconhecimento judicial da família multiparental, todos os efeitos jurídicos decorrentes desse reconhecimento, a saber: herança dupla ou tripla (direitos sucessórios), guarda com convivência familiar, mudança do patronímico, direitos previdenciários, e por fim, direito a alimentos, tema bastante tratado ao longo deste artigo.

### **Referências**

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16/08/2021.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 16/08/2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 16/08/2021.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil** – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos.** 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>. Acesso em: 23/08/2021.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos – Direito, Ação, Eficácia, Execução** – 3. Ed. Rev. Ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FRANCO, Karina Barbosa – **Multiparentalidade: uma análise dos limites e efeitos jurídicos práticos sob o enfoque do princípio da afetividade** – Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.** 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

LOBO, Fabiola Albuquerque – **Multiparentalidade: efeitos no direito de família** – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

LÔBO, Paulo – **Parentalidade Socioafetiva e multiparentalidade. Questões atuais. Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.** 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIROZ, Mônica. **Direito Civil** – 3ed. – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 8. Ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: JusPodivm, 2021.

## O DIREITO ANIMAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA COMPLEMENTAR Nº96/2017

**JULIA THAINÁ GUIMARÃES CUSTÓDIO:**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul-SP

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA<sup>298</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo possui como objetivo principal analisar a constitucionalidade da Emenda Complementar nº96/2017, delineando sobre a relação antropocêntrica do homem com o animal e sua origem. Analisando a natureza jurídica do animal nas legislações brasileiras e outros países que versem sobre sua proteção. Expondo os posicionamentos do STF em relação aos direitos dos animais não-humanos; relacionando a referida Emenda a estes posicionamentos e ao princípio da Proibição de Retrocesso do Direito Ambiental. A metodologia utilizada para a elaboração da pesquisa é a revisão bibliográfica, foram realizadas pesquisas na internet, consultas em doutrinas que dispõem sobre o assunto, análise de Leis e artigos acadêmicos. Inicialmente foi realizado um estudo quanto ao surgimento das ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) que ao proibirem certas manifestações formaram um movimento que desencadeou a criação da referida Emenda. Observou-se a inconstitucionalidade da Emenda Complementar 96/2017, devido aos inúmeros posicionamentos dos Tribunais, posicionamentos estes demonstrados principalmente pela aprovação de diversas ADIs que proibiam as práticas já reconhecidas como cruéis, foi observado também a falta de regulamentação dessas práticas, que abre lacunas, criando um conceito normativo de crueldade ao descaracterizar uma crueldade concreta por decreto normativo.

Palavras-chave: Crueldade. Prática Desportiva. Animal.

**ABSTRACT:** The main objective of this article is to analyze the constitutionality of Complementary Amendment No. 96/2017, outlining the anthropocentric relationship of man with the animal and its origin. Analyzing the legal nature of the animal in Brazilian and other Latin American laws that see about its protection. Exposing the Supreme Court's position in relation to the rights of non-human animals; relating Complementary Amendment No. 96/2017 to these positions and to the principle of the Prohibition of Retrogression of the Right Ambiental. The methodology used for the preparation of the research is the literature review, internet research, consultations on doctrines on the subject, analysis of laws and academic articles were conducted. Initially, a study was carried

---

<sup>298</sup> Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP,

out on the emergence ofThe ADIs (Direct Actions of Unconstitutionality) that by prohibiting certain manifestations formed a movement that triggers or the creation of said Amendment. It was observed the unconstitutionality of Complementary Amendment 96/2017, due to the numerous positions of the Courts, positions demonstrated mainly by the approval of several ADIs that prohibited practices already recognized as cruel, it was also observed the lack of regulation of these practices, which opens gaps,creating gaps, creating a normative concept of cruelty by mischaracterizing a concrete cruelty by normative decree.

**Keywords:** Cruelty. Sports Practice. Animal.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo ponderar a respeito da Emenda complementar nº 96 de 2017, avaliando se as práticas desportivas realizadas com animais, mesmo que abrangidas no rol de patrimônio cultural, ou seja, regulamentadas, que foram autorizadas pela Emenda são constitucionais.

Analisar a relação do ser humano com o animal, a origem e fundamentos para a visão do animal como objeto de uso para a realização das vontades do ser humanos, assim como as diferentes relações: conservadora, reformista e abolicionista.

Tratar brevemente sobre a evolução da legislação brasileira sobre os animais e uma comparação com outros países, o status jurídico dos não-humanos na legislação brasileira, principalmente na Constituição Federal, Código Civil e normas ambientais, comparando as diferentes proteções com algumas legislações estrangeiras.

Tem como objetivo analisar o texto da emenda complementar nº 96/2017 que determinou que as práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, se consideradas bens de natureza imaterial do patrimônio cultural brasileiro.

Ponderar sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) anteriores, que proibiram as manifestações culturais, de que trata a emenda, especialmente sobre a posterior reação à decisão do STF na ADI 4983 (que julgou inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado), que atuando como legislador constituinte e representante do povo, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Emenda nº 96/2017.

Diante disso, analisar sua incompatibilidade com o artigo 225 da Constituição Federal, que trata sobre o direito ao meio ambiente e a proteção aos dos animais, e com

os entendimentos já consolidados pelo STF de proteção as garantias e direitos individuais relativos ao meio ambiente e a vedação dos maus tratos com os animais.

## **2 A RELAÇÃO ENTRE O SER HUMANO E O ANIMAL**

A relação entre o homem e o animal é de predominância dos interesses humanos sobre a vida desses seres, desde os ensinamentos bíblicos, que colocam os animais como objetos de servidão as vontades humanas, até os pensamentos filosóficos como o do filósofo René Descartes (1596 a 1650), que em sua tese, o mecanicismo cartesiano, definia os animais como meras máquinas que não possuíam sentimentos, capacidade de raciocinar e de sentir dor ou prazer, a ideia é de que o papel do animal é de ser usado para satisfazer a vontade humana, mesmo que essa ultrapasse seu bem-estar.

Segundo Melo e Rodrigues (2019) há três formas de interação entre os seres humanos e os animais não-humanos: a dos conservadores, a dos reformistas e a dos abolicionistas.

A corrente conservacionista, é baseada na visão antropocêntrica de que todo direito é para o homem, que passa a ser referencial de medida para todas as coisas, os animais são tratados como meros objetos cujo objetivo único é servir a ele.

A corrente reformista afirma que o tratamento dado aos animais deve ser gradualmente alterado através de estudos científicos e alterações legislativas. Como animais são seres sencientes, Singer (2004) alega que estes possuem interesses, pelo menos o de viver sem sentir dor ou maus-tratos, de acordo com ele, seria o suficiente garantir um status ético.

A corrente abolicionista apoia a abolição total do uso de animais pelo ser-humano. Propõe o reconhecimento de seus direitos e assim sua libertação total. Tal corrente, apoiada por Tom Regan, pressupõe que os animais não humanos são detentores de direito e devem poder experimentar a vida de forma plena, ampliando os direitos fundamentais aos animais não-humanos. Segundo Regan, indivíduos que são sujeitos de uma vida merecem ser tratados com respeito, com o intuito de que seus bens mais importantes sejam protegidos (REGAN, 2006 apud SILVA, 2007).

## **3 O DIREITO DOS ANIMAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Para Ataíde Junior (2018), o direito animal é o conjunto de princípios e normas que estabelecem os direitos fundamentais dos animais, independentemente da sua função ecológica. Este conceito se baseia na apreciação da Constituição que assegura proteção aos animais e que não sejam submetidos a tratamentos que ponham em risco os submetam a crueldade, possam provocar sua extinção ou prejudiquem sua função ambiental.



Quando se refere aos animais o artigo 1º, caput da Lei nº 5.197/67 (BRASIL, 1967), Lei de proteção à fauna, define os animais silvestres como bem de uso comum do povo. Já os animais domésticos são classificados pelo Código Civil (BRASIL, 2002) como semoventes suscetíveis de direitos reais, eles possuem direito à integridade física, mas não à vida e à liberdade.

Na Constituição Federal (BRASIL, 1988) tem-se o tratamento dos animais por duas visões: a de fauna, visão do Direito Ambiental, com base no valor ecológico e o valor enquanto indivíduo senciente, com dignidade própria, visão do Direito animal. Assim é possível distinguir o Direito Ambiental e o Animal, mesmo que com princípios e regras compartilhadas.

Em seu artigo 225, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) expressa o protecionismo animal, estabelecendo a proteção dos maus tratos e tratamentos cruéis aos mesmos e incentiva à educação ambiental, demonstrando uma contradição por garantir direitos a seres que são classificados como coisa, o princípio lógico é de que coisas não têm direito.

A necessidade do reconhecimento da dignidade animal vem do fato de ele ser senciente, ou seja, ter a capacidade de sentir dor e sofrimento, físico ou psíquico. Como a dignidade se enquadra nos direitos fundamentais é dever do Estado regulamentar meios de proteção a ela.

Os animais podem ser considerados objeto de direito ou sujeitos de direito, são considerados seres sensíveis ou sencientes e, por esta condição, merecem uma proteção diferenciada em nosso ordenamento jurídico.

A base legal para o posicionamento que os considera como seres sensíveis é o artigo 225, VI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que proíbe toda e qualquer prática que submeta os animais à crueldade e artigo 32 da Lei nº 9.605/1998 (BRASIL, 1998) que considera crime todo comportamento que os submeta a maus-tratos.

Contudo, a exploração dos animais é permitida por outras Leis no Ordenamento Jurídico brasileiro, a exemplo temos o Código Civil (BRASIL, 2002), que em seu artigo 441, §2º, trata os animais como bens semovente, bem como o artigo 1.442 do mesmo Código, que permite que os animais sejam matéria de penhor agrícola.

A Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998) permite que os animais sejam utilizados em experiências científicas quando não existirem recursos alternativos, considerando pelo senso comum como um "mal necessário" para promover inovações médicas que curem a sociedade.

Mesmo com essa atitude cruel, a Lei não admitia que os animais fossem tratados desta forma, ou seja, que a sua integridade física fosse violada apenas para satisfação e entretenimento de indivíduos.

As doutrinas que ainda se mostram apoiadoras destas atitudes geralmente se baseiam nos pensamentos de Immanuel Kant, que em sua tese alegava que os animais eram meras máquinas, que não sentiam sequer dor e que apenas os seres racionais teriam direitos inerentes a sua condição, os direitos humanos, porque o atributo da razão conferiria aos animais humanos uma superioridade jurídica em relação aos outros. Baseados neste pensamento fica o questionamento a respeito da situação dos bebês e de pessoas que não possuem condições mentais de demonstrar suas vontades claramente. Esses indivíduos, mesmo sem conseguir desenvolver um raciocínio complexo, não perdem a condição de humanos, nem os direitos advindos dela.

Em contrapartida aos pensamentos de Kant temos o pensamento Utilitarista, que é uma teoria ética caracterizada pela ideia de que as condutas adotadas devem promover a felicidade ou prazer do coletivo, de forma que o bem-estar de cada indivíduo importa. Os primeiros teóricos utilitaristas defenderam a consideração moral dos animais não humanos, afirmando que seus interesses deveriam ser respeitados tanto quanto os interesses dos humanos.

Para o utilitarismo, o uso de animais pode ser aceitável apenas se a felicidade causada pela sua exploração for maior do que o dano causado, o que não é possível, já que é necessário muito sofrimento para produzir prazeres momentâneos como o uso de animais para o entretenimento. Logo, não se pode considerar essa exploração moralmente legítima para o utilitarismo.

#### **4 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO**

Comparando a legislação brasileira com outros países percebe-se que apesar da evolução ocorrida recentemente, a legislação brasileira está atrasada, há a necessidade da criação de Lei específica para a proteção dos animais não-humanos, tutela diversa e mais adequada do que a do meio ambiente.

No Chile a proteção animal é regulamentada pela Lei 21.020 de 2017 – Lei de posse responsável de animais de companhia e também pelo artigo 291 do seu Código Penal. De acordo com o Código Penal chileno (CHILE, 1874) é possível que haja a inabilidade perpetua para possuir animais, também há a individualização do termo animal, podendo diferenciar o crime cometido contra uma ou mais animais e assim punir adequadamente. Ainda assim, a Lei chilena não mudou o status legal do animal e assim como no Brasil são colocados como propriedade.

A Colômbia também possui Lei própria para a proteção animal, o Estatuto Nacional de Proteção dos Animais de 1989, que foi alterado pela Lei 1.774/16 (CHILE, 2016), que alterou também o Código Civil Colombiano, reconhecendo os animais como seres sencientes. A Lei colombiana descreve taxativamente as condutas consideradas como crueldade, mas classifica o crime de maus tratos como material. Semelhante a Lei brasileira e chilena, a Lei colombiana também mantém o status legal do animal como coisa.

Em 2015 a França alterou seu Código Civil, através da Lei 177, de 28 de janeiro de 2015, conferindo maior proteção aos direitos dos animais, rompendo com a teoria cartesiana do animal-máquina e estabelecendo um *status* jurídico intermediário para os animais, entre as pessoas e as coisas. “Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Sob a reserva das leis que os protegem, os animais estão submetidos ao regime de bens” (FRANÇA, 2015).

A nova lei de bem-estar animal regulou temas como a proibição gradual do uso de animais em circos, a proibição da venda de cães e gatos em sites e pet shops, a exigência para novos donos de animais que devem assinar um certificado confirmando que entendem as responsabilidades e custos envolvidos, a lei também trouxe penalidades mais severas para o abandono de animais.

## **5 MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E USO DE ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO BRASIL**

A carta magna promulgada em 1988 buscou efetivar a democracia, estabelecendo os direitos fundamentais. Um dos direitos elencados foi a proteção ao patrimônio cultural que estabelece um extenso conjunto de valores, princípios e normas que protegem à cultura, com o objetivo de garantir seu acesso, a liberdade de criação, a transmissão e a igualdade dos bens culturais.

Clifford Geertz (2006) conceitua a cultura como “a própria condição de existência dos seres humanos, produto das ações por um processo contínuo, através do qual, os indivíduos dão sentido à suas ações”.

A sociedade tem passado por modificações em todas as áreas do conhecimento ao longo da história. A cultura também sofreu com a influência de tais transformações que ocorreram de forma lenta e gradual. Podemos então assegurar que a cultura é passível de mudança.

No Brasil, com o desenvolvimento da cultura em diversas regiões foram criadas manifestações culturais que se utilizam de animais, a vaquejada, o rodeio e o laço são práticas rotineiras da sociedade brasileira, possuindo festas de expressões nacionais, como a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos com um público de 800 mil pessoas em 2019,

movimentando cerca de R\$ 900 milhões com o turismo. A tradicional Festa da Vaquejada em Serrinha, na Bahia, que ocorreu com um público de 300 mil pessoas em 2019.

Com a evolução do Direito animal muitas destas Manifestações foram proibidas por um período, através da criação de Leis, haja vista que em sua realização as atividades configuram crime de maus-tratos.

A Farra do Boi, por exemplo, consiste em perseguir e bater com uma vara no animal, boi, depois matá-lo e repartir a carne entre os participantes, mesmo que explicitamente se reconheça as barbaridades realizadas somente para o entretenimento humano, por estarem arraigadas a Cultura ainda há grupos que discutem e apoiam a legalidade de suas realizações, alegando que essa proibição fere o exercício dos direitos culturais, e que o dever do Estado é proteger as manifestações das culturas populares (art. 215, caput e § 1º CF).

É importante observar que a prática da vaquejada é uma realidade nacional e a maior crítica dos defensores desse “esporte” é que na tentativa do Estado de promover os devidos cuidados com os animais, ele dificulta a regulamentação, desenvolvendo um cenário com maior probabilidade de práticas ilegais e mais crueldade.

## **6 O POSICIONAMENTO DO STF E A CRIAÇÃO DA EMENDA COMPLEMENTAR Nº 96/2017**

A Constituição é o conjunto de normas que trata sobre direitos e deveres do cidadão, a função dos entes federados, limita o poder do Estado de modo a impossibilitar sua arbitrariedade, estabelece as regras gerais para organizar a sociedade assegurando os direitos individuais, coletivos e difusos.

Deste modo, os dispositivos que compõem a Constituição no aspecto do direito positivo ganham status de normas constitucionais, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema.

Para regular o exercício das funções do Estado, especialmente para fins de promulgação e edição de Leis ou atos administrativos, foi instituído o denominado controle de constitucionalidade.

O artigo 103, § 2º, da Constituição (BRASIL, 1988) prevê eficácia vinculativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando proferidas em ações de controle de constitucionalidade. Significa que todos os julgados proferidos através desta ferramenta passam a ter força obrigatória para toda a jurisdição brasileira.

Entretanto, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade podem ser declaradas por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de

Constitucionalidade (ADC), ADO's, que são as ADI's por omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a ADI Interventiva.

Na análise da atual jurisprudência, da doutrina e dos julgados emitidos pelos tribunais temos observado mudanças no posicionamento jurídico, que passou a entender que a posse do animal não dá ao homem o poder de maltratar ou dispor da vida do animal.

Julgados como o que ocorreu agora em 2021 na 7ª Câmara Civil do TJ/ PR que proferiu uma decisão inédita ou o julgado na 17ª vara Cível de João Pessoa/PB, mostram essa mudança de posicionamento e o reconhecimento de que os animais podem ser sujeitos de uma ação, como titulares.

No processo da 7ª Câmara Civil do TJ/ PR estava sendo discutido o pagamento de pensão mensal e indenização por dano moral pelos antigos donos para os cachorros Skype e Rambo pelos maus-tratos que sofreram. Os desembargadores foram unânimes em reconhecer o direito dos animais de serem autores de um processo, para que possam defender seus direitos.

Em João Pessoa/PB, 22 gatos ingressaram como titulares em uma ação contra o condomínio onde vivem, sendo assistidos por uma entidade de proteção animal. Segundo a inicial, a administração do condomínio tenta expulsá-los e proíbe que sejam alimentados nas áreas comuns. Os "autores" alegam que são animais sujeitos de direitos e, sendo assim, possuem o direito de ir a juízo, ainda que mediante representação ou assistência.

No Recurso Extraordinário 153.531/SC, julgado em 03 de junho de 1997, o Supremo Tribunal Federal analisou o caso da Farra do Boi, assegurando a inconstitucionalidade dessa prática cultural, alegando que ela confrontava a Constituição, pois ela expressamente rejeita a crueldade contra os animais.

Nas decisões das ADIs 2.514/SC e 1.856/RJ, em que se discutia a constitucionalidade de legislações estaduais sobre a exposição e competição de aves combatentes podemos encontrar o mesmo entendimento. Em 29 de junho de 2005 e 26 de maio de 2011, respectivamente, o STF, entendeu que a sujeição dos animais a experiências de crueldade não se apresentava compatível com a Constituição Federal.

Quando a Lei do Estado do Ceará, Lei nº15.299/2013, foi editada objetivando legalizar a Vaquejada, foi proposta uma ADI com a finalidade de declará-la inconstitucional, uma vez que o art. 225, §1º, VII da CF/88 expressamente garante proteção aos animais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, CF/88, online).

Como decisão que consolida a visão protecionista o STF julgou em 2016 a ADI 4983, ADI da vaquejada, que tratava do uso de animais em manifestações culturais, reafirmando o que os animais não-humanos são portadores de garantias individuais e não devem ser expostos aos maus tratos. Neste sentido foram as palavras do Min. Roberto Barroso em seu voto:

Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade. Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado (STF. Plenário. ADI 4.983/CE, 2016).

Entretanto, essa tutela protecionista desencadeou reações e provocou uma movimentação político-econômica contra essa decisão. A discussão se baseou na alegação da existência de conflito de normas previstas na Constituição: os direitos culturais (previstos nos artigos 215 e 216) e a vedação à crueldade aos animais (prevista no artigo 225), tornou-se então urgente uma pacificação sobre qual regra deve prevalecer.



Como forma de agradar quem buscava uma forma de permanecer exercendo as atividades envolvendo animais, foi proposta e aprovada a EC 96 que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, para determinar que as práticas desportivas que utilizam animais não são consideradas cruéis. Seu texto passou então a permitir manifestações culturais desde que registradas como patrimônio imaterial, porém não houve regulamentação.

Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

"Art. 225. ....

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos." (BRASIL, CF/88, online).

## **7 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA COMPLEMENTAR Nº 96/2017**

De acordo com a emenda, toda e qualquer outra prática que envolva o uso de animais, desde que reconhecida como manifestação cultural e regulamentada, não será considerada como infração ao disposto no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da CF. Criou-se então uma abertura normativa para a crueldade, e para a ampliação pelo legislador infraconstitucional do rol de manifestações que se enquadram na nova regulamentação. Outro ponto inserido é a necessidade de regulamentação previa das atividades culturais, evidenciando que se as atividades não possuíam esta regulamentação estariam constitucionalmente ilegais.

O direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental ligado ao direito à vida e à saúde, de modo que a poluição de um rio, pode comprometer a saúde da população. Por isso os direitos fundamentais devem ser previstos e garantidos, porque todos eles acabam impactando o fundamento de sua existência, a dignidade da vida.

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental com status formal (art. 225, caput, CF) e material de cláusula pétrea, porque tem conteúdo imprescindível à dignidade humana (BELCHIOR, 2011, p. 104) e dos próprios animais (GORDILHO, 2018).

A emenda ofende também o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF, este artigo prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional inclinada a abolir cláusula pétrea, entre elas, o direito fundamental de proteção aos animais.

Há ainda a discussão quanto ao Princípio da proibição do retrocesso ambiental que também foi ferido pela referida emenda, pois parte da doutrina entende que, a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ser categorizado como direito fundamental poderia se beneficiar desta teoria. O princípio é uma extensão do princípio da proibição do retrocesso social, segundo CANOTILHO (1998), o princípio da vedação do retrocesso social, estendido a questão ambiental, pode ser resumido da seguinte forma:

[...] o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas[...]deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. CANOTILHO (1998, p.320).

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça começou a consolidar o princípio da proibição do retrocesso ambiental no ordenamento jurídico, tomando-o como princípio do Direito Ambiental:

[...] 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanísticoambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes [...]. (REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, publicado no DJe em 01.12.2010).

O artigo 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal estabelece que os direitos fundamentais não podem ser violados, por materializarem cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas, de modo que se percebe claramente que esta norma viola a vontade do constituinte, que visa garantir aos indivíduos o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado.

O controle de constitucionalidade está ligado a princípios superiores e a Constituição Federal está protegida material e formalmente pelo seu artigo 64, parágrafo 5º, uma vez que ela poderia ser violada formalmente ou materialmente, se as alterações infringirem alguma das suas cláusulas pétreas.

É evidente a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, uma vez que, no artigo 225, §1º, VII da CF, o constituinte demonstrou, o seu intuito de proibir atos de crueldade contra os animais, preservando assim a integridade física dessas criaturas.

Ao promulgar uma emenda complementar que institucionaliza a prática de atos de maus-tratos contra os animais, o legislador infringiu materialmente a Constituição, de modo que esta norma já nasce contaminada pelo vício da inconstitucionalidade.

## **8 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.728/2017**

A ADI 5.728 foi apresentada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, para questionar a Emenda Complementar nº 96, que considerou não cruéis as práticas esportivas que utilizem animais, se consideradas manifestações culturais.

De acordo com a entidade, a emenda constitucional questionada foi aprovada para contornar a declaração de inconstitucionalidade, proferida em outubro 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional a Lei que legalizava a prática da vaquejada no Estado do Ceará. Alega também que a Emenda Complementar nº 96 violou o direito ao meio ambiente equilibrado, pois não garantiu a proibição de submissão de animais a tratamento cruel, previsto no art. 225, parágrafo 1º, inciso VII, da CF. Sustenta que a norma ofende também o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, segundo o artigo, não será objeto de deliberação a proposta de emenda disposta a abolir cláusulas pétreas, entre elas, se encontra o direito fundamental de proteção aos animais.

O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, como autor da ADI, citou, como precedentes, as decisões anteriores do STF que julgaram inconstitucionais práticas como as brigas de galo e a vaquejada e pediu a concessão de liminar para suspender a eficácia da emenda.

O parecer apresentado pela Procuradoria Geral da República, através da então Procuradora Geral Raquel Dodge, foi no sentido de considerar inconstitucional a norma questionada:

A Emenda Constitucional 96, de 6 de junho de 2017, ao não considerar cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam “manifestações culturais” (e este é conceito extremamente

vago, no qual múltiplas práticas podem ser inseridas), colide na raiz com as normas constitucionais de proteção ao ambiente e, em particular, com as do art. 225, § 1º, VI, que impõe ao poder público a proteção da fauna e da flora e veda práticas que submetam animais a crueldade (inciso VII).

(...)

A norma promulgada pelo constituinte derivado contraria recente decisão do Supremo Tribunal Federal que assentou a inconstitucionalidade das vaquejadas e definiu que “a obrigação de o Estado garantir todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do art. 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”. A estreita associação entre a tutela constitucional do ambiente (aí incluída, naturalmente, a proteção da fauna), os direitos fundamentais e a dignidade humana foi bem percebida por diferentes ministros nos votos que proferiram na ADI 4.983/CE.

(...)

A emenda constitucional ainda contém uma ilogicidade insuperável: define como não cruéis as práticas desportivas se forem reconhecidas como manifestação cultural. Ocorre que a crueldade intrínseca a determinada atividade não desaparece pelo fato de uma norma jurídica a rotular como “manifestação cultural”. A crueldade ali permanecerá, qualquer que seja o tratamento jurídico a ela atribuído e não há dúvida de que animais envolvidos em vaquejadas são submetidos a condições degradantes e sistemáticas de lesões e maus-tratos, as quais caracterizam tratamento cruel, que encontra vedação no art. 225, § 1º, VII, da Constituição da República.

(...)

Não há dúvida de que práticas cruéis como vaquejadas, brigas de galo, a farra do boi e atividades análogas colidem com a Constituição da República, principalmente com o art. 225, § 1º, VII. (Procuradora Geral Raquel Dodge, Procuradoria Geral da União, Relatório ADI 5728, online).

Desta forma, a PGR opinou pelo conhecimento da ADI 5728 e pela procedência do pedido formulado, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Complementar nº96/2017. O parecer expõe que não é porque entendemos que determinada prática é considerada manifestação cultural que ela deixa de caracterizar a crueldade.

A ADI 5728 encontra-se em tramitação no STF, aguardando julgamento.

## **9 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.772**

O procurador-geral da República Rodrigo Janot ajuizou, em setembro de 2017, outra ADI, de nº 5772, para questionar a mesma Emenda Complementar nº96/2017; a expressão “Vaquejada”, nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.364/2016, que eleva a prática de vaquejada à condição de patrimônio cultural imaterial brasileiro; e a expressão “as vaquejadas”, no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.220/2001, que institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio e o equipara a atleta profissional.

Além da Emenda Constitucional, a ação também visa impugnar as leis federais que regulamentam a prática da vaquejada. O PGR alega que, embora a Emenda figure a possibilidade de tratar como manifestações culturais as atividades desportivas que utilizam animais e as leis federais regulamentem as atividades que inevitavelmente sujeitem os animais a tratamentos violentos e cruéis, ainda que sejam manifestações culturais, são incompatíveis com a Constituição Federal, com os artigos. 1º, III (princípio da dignidade humana), e 225, § 1º, VII (proteção da fauna contra crueldade), e com as jurisprudências do STF.

A ADI 5772/2017 também está aguardando julgamento.

Como as ADIs questionam uma Emenda Constitucional só será considerada inconstitucional pela Corte se atentar, de forma evidente, contra os limites definidos na Constituição em seu art. 60 e seus parágrafos, caso contrário, a Emenda continuará surtindo efeito.

O Ministro Luiz Fux em um acórdão proferido em 2015, explicou que a superação legislativa de precedentes da Suprema Corte é fruto dos diálogos institucionais que devem ser travados entre os Poderes, assim para ele:

Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressual, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais. Da

análise dos retromencionados arestos e da postura institucional adotada pelo STF em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (I) o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (II) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60 e seus §§, da Constituição, e (III) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte. (Acórdão, ADI 5105 - número único: 9958029-82.2014.1.00.0000, Rel. Ministro Luiz Fux, publicado no DJe em 16.123.2016).

Em abril de 2018, o Ministro Marco Aurélio julgou prejudicada a ADI 5713, ajuizada pela Procuradoria Geral da República contra a Lei nº 10.428/2015, do Estado da Paraíba, que autoriza a prática da vaquejada. O Ministro relator julgou que a ação perdeu seu objeto depois da promulgação da EC/96. De acordo com o ministro, com a edição da EC/96 alterou-se o tratamento constitucional conferido à vaquejada, ficando prejudicada a análise desta ação. Mas destacou que o Tribunal ainda discutirá a matéria nas duas ADIs em trâmite na Corte contra a emenda.

## 10 CONCLUSÃO

Desde a antiguidade os animais têm sido tratados de forma cruel pelo ser humano, que estabeleceu uma relação predominância ante a natureza. Com base na suposta irracionalidade animal, ao longo dos séculos esses seres têm sido utilizados para saciar as vontades humanas, seja em pesquisas científicas, meios de locomoção ou para o seu simples entretenimento.

Apesar da evolução legislativa a visão antropocêntrica do animal como objeto e propriedade do homem se mantem. A utilização dos animais para fins de entretenimento em vaquejadas, rodeio, rinhas de galo e outras práticas, são vistas por muitos ainda como cultura.

A legislação brasileira trata o animal como coisa, mas houve um avanço nas leis de proteção, que apesar de não reconhecerem o animal como sujeito de direito, reconhecem sua dignidade e sua senciência.



Os posicionamentos dos tribunais mostram o reconhecimento da proteção dos animais contra os maus tratos mesmo frente ao interesse humano, mas contrário a esses entendimentos a aprovação da Emenda Complementar 96/2017 abriu uma brecha para a realização dessas atividades culturais que promovem a crueldade animal.

A definição das práticas caracterizadas como Manifestações Culturais, apesar de juridicamente afastar os maus-tratos, efetivamente apenas não pune o que está determinado no artigo 225 da Constituição, os maus-tratos não deixam de ser realizados e os animais não deixam de sofrer por ser reconhecido juridicamente estas práticas.

Infringem o Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desobedecer a proibição constitucional de tratamento cruel aos animais, disposto no artigo 225, §1º, VII da Constituição, assim como o princípio do não retrocesso desse direito, ao expressamente autorizar atividades que promovem os maus-tratos.

É possível observar que a Emenda Complementar nº96/17 é um risco para os animais e está fadada a um iminente retrocesso constitucional. No tocante aos direitos de 3ª dimensão, que em um momento positiva um direito e em outro o limita, podemos concluir que como os animais são seres sencientes com capacidade de sentir assim como os seres humanos, submete-los a atividades cruéis, comprovadamente torturantes, com o único intuito de promover eventos festivos macula o que a Constituição se propôs a resguardar, sua proteção face à crueldade.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, D. M.G.M; GAMA, G.B.L. **A (In)Constitucionalidade da EC 96/2017**. Disponível em: <https://editorajc.com.br/a-inconstitucionalidade-da-ec-96-2017/>. Acesso em: 10 de Out. de 2021.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional n.112, de 23 de outubro de 2021. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 25 de Out. de 2021.

BRASIL. **Lei 5.197, de 03 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm)>. Acesso em: 21 de Jul. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001.** Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10220.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.** Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. Ed, Coimbra: Almedina, 2003.

CEARÁ. **Lei nº15.299/2013.** Publicada em: 08 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070#:~:text=Regulamenta%20a%20vaquejada%20como%20pr%C3%A1tica,Governador%20do%20Estado%20do%20Cear%C3%A1>

Acesso em: 15 Jun.2022

CHILE. **Código Penal.** Última versión: 3 may 2019. Santiago: ministério de Justicia, 1874.

Disponível em: <http://bcn.cl/navegar?idNorma=1984>. Acesso em: 24 de jul. 2021.

CHILE. **Lei nº 21020, de 19 de julho de 2017.** Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía. Disponível em:

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1106037>. Acesso em: 26 maio 2022.

COLOMBIA. **Ley nº 83, de 24 de maio de 1873.** Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Disponível em:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1). Acesso em: 26 jun. 2022.

COLOMBIA. **Ley 84, de 27 de diciembre de 1989.** Estatuto nacional de proteccion de los

animales. Bogotá: Congresso del Colombia, 1989. Disponível em:

[http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Archivos\\_de\\_usuario/Documentos/Documentos\\_inve](http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Archivos_de_usuario/Documentos/Documentos_inve)

[stigacion/Docs\\_Comite\\_Etica/Ley\\_84\\_de\\_1989\\_Estatuto\\_nacional\\_de](http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Archivos_de_usuario/Documentos/Documentos_inve/stigacion/Docs_Comite_Etica/Ley_84_de_1989_Estatuto_nacional_de)

[Proteccion\\_de\\_Animales\\_unisabana.pdf](http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Archivos_de_usuario/Documentos/Documentos_inve/Proteccion_de_Animales_unisabana.pdf). Acesso em: 24 de jul. 2021.

COLOMBIA. **Ley nº 1774, de 06 de janeiro de 2016**. Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. Disponível em:

<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022

DIAS, E. C. **Os animais como sujeitos de direito**. Direito Animal, 2006. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104270/animais\\_sujeitos\\_direito\\_dias.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104270/animais_sujeitos_direito_dias.pdf). Acesso em: 21 de Jul. de 2021.

ÉTICA ANIMAL (org.). **Utilitarismo**. [20--]. Disponível em: <https://www.animal-ethics.org/utilitarismo-pt/#fn1>. Acesso em: 26 jul. 2022.

FARIAS, C. C. **Emenda Constitucional 96: práticas esportivas com animais versus proteção especial dos animais**, 2017. Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/06/07/emenda-constitucional-96-praticas-esportivas-com-animais-versus-protecao-especial-dos-animais/> Acesso em: 21 de Jul. de 2021.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; GREY, Natália de Campos; SANTOS, Cleopas

Isaiás do. **O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o direito no cenário**

**brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Animal. – Ano5, Vol.6 (jan./jun. 2010). – Salvador, BA: Evolução, 2010.

FRANÇA. **Código Civil: Artigo 515-14**. Disponível em:

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000030250342?dateVersion=04%2F08%2F2022&page=1&pageSize=10&query=Les+animaux+son+&searchField=ALL&searchType=ALL&tab\\_selection=code&typePaging=DEFAULT&typeRecherche=date](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000030250342?dateVersion=04%2F08%2F2022&page=1&pageSize=10&query=Les+animaux+son+&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=code&typePaging=DEFAULT&typeRecherche=date). Acesso em: 26 Jun. 2022.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2018.

MIGALHAS. **Decisão inédita no TJ/PR: animais podem ser parte em ação judicial**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351747/decisao-inedita-no-tj-pr-animais-podem-ser-parte-em-acao-judicial>. Acesso em: 26 jun. 2022.

MIGALHAS. **22 gatos entram na Justiça contra condomínio que tenta expulsá-los**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/349942/22-gatos-entram-na-justica-contra-condominio-que-tenta-expulsa-los>. Acesso em: 26 jun. 2022

MILARÈ, Alessandra Martins. **O direito dos animais e a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017 à luz do princípio da**

**Proibição de retrocesso em ambiental**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2607/ALESSANDRA%20MARTINS%20MILAR%C3%89.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MELO, Reinaldo Aparecido de; RODRIGUES, Juliana. **Direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro: um olhar sobre as iniciativas legislativas para a abolição da tração animal**. REVISTA CIENTÍFICA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO. 15ª Edição. Janeiro de 2019. Disponível em: [http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/ouKM6KUudREfb1K\\_2019-2-28-13-58-18.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/ouKM6KUudREfb1K_2019-2-28-13-58-18.pdf) Acesso em: 01 de agosto de 2021.

PARAÍBA. **Lei nº 10.428, de 20 de janeiro de 2015**. Diário Oficial do Estado da Paraíba. 21 jan. 2015. Disponível em: [http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl\\_documentos/norma\\_juridica/11647\\_texto\\_integral](http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11647_texto_integral). Acesso em: 24 jul. 2022.

RAMOS, Jair Raniery Almeida. **Direito animal e as práticas desportivas: análise das permissões concedidas pela EC nº96/2017 e sua constitucionalidade**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Campina Grande, Paraíba, BR-PB, 2020. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/22891/1/PDF%20Jair%20Raniery%20Almeida%20Ramos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo animal**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 85- 86, out./dez. 2004.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

SOUZA, Josiana Kelly de. **Os animais como sujeitos de direito - uma discussão acerca do direito constitucional contemporâneo**. 2020. 22 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Franca, Franca, 2020.

STF. **ADI 1856/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 26/05/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=1856&classe=ADI> Acesso em: 16 de Jun. de 2022.

STF. **ADI 2514/SC**. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/06/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 16 de Jun. de 2022.

STF. Plenário. **ADI 4.983/CE**. Rel.: Min. Marco Aurélio. 6/10/2016, maioria. DJe 87, 26 abr. 2017.

STF. **ADI 5105**. Relator: Min. Luiz Fux. Número único: 9958029-82.2014.1.00.0000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>. Acesso em: 15 de Nov. de 2021.

STF. **ADI 5713/PB**. Relator: Min. Marcos Aurélio. Julgamento em 02 de março de 2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5202358>. Acesso em: 15 de Nov. de 2021.

STF. **ADI 5728**. Relator: Min. Dias Toffoli. Número único: 0006285-27.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 15 de Nov. de 2021.

STF. **ADI 5772**. Relator: Min. Roberto Barroso. Número único: 9034443-36.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>. Acesso em: 15 de Nov. de 2021.

STF. **RE 153.531/SC**. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento em 03 de junho de 1997. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 15 de Jun. de 2022.

STF. **Recurso especial n.º 302.906 - SP** (2001/0014094-7). Segunda Turma. Rel. Min. Hermann Benjamin. Brasília, DF, j. 26 ago. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2EWto5H>>. Acesso em: 06 jun. 2022.



## APONTAMENTOS SOBRE O NEXO CAUSAL À LUZ DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

**FELIPE SAMMARCO MILENA:**

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em São Paulo.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar o nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil, considerado por muitos doutrinadores, o pressuposto de maior relevância deste instituto no direito brasileiro. Além disso, serão examinadas as principais teorias que buscaram nortear a compreensão e a aferição da extensão do dever de ressarcimento do prejuízo causado a terceiros, abarcando, adicionalmente, de forma breve, os demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta, o dano e a culpa do agente.

**Palavras-Chave:** Direito Privado; Direito Civil; Responsabilidade Civil; Pressupostos; Nexo Causal; Teorias.

**Abstract:** This article aims to analyze the causal link in the scope of civil liability, considered by many scholars, the most important assumption of this institute in Brazilian law. In addition, the main theories that sought to guide the understanding and measurement of the extent of the duty to reimburse the damage caused to third parties will be examined, covering, as well, briefly, the remaining assumptions of civil liability, as is, the conduct, the damage and agent's fault.

**Keywords:** Private Right; Civil Right; Civil Liability; Assumptions; Causal Link; Theories.

### 1. INTRODUÇÃO

Desde o advento da responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro, o nexo de causalidade ganhou maior relevância na aferição do dever de ressarcimento à vítima ofendida, na medida em que a culpa deixou de ser elemento indispensável no filtro da reparação civil.

Nesse sentido, o presente artigo tem por finalidade analisar, de forma crítica, as principais teorias do nexo de causalidade, considerado, por muitos, o principal pressuposto do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro.

A doutrina é unânime ao afirmar que a conceituação da expressão “nexo causal” é tarefa árdua ao operador do direito, levando em consideração sua complexidade e implicações. Faz-se mister a utilização de rebuscada atividade de interpretação casuística para sua determinação.

Nesse sentido, a impossibilidade probatória aparece como protagonista no que diz respeito à dificuldade de delimitação da tutela do direito da vítima do dano.

Além disso, há grande dificuldade na aplicação das teorias correlatas, cada uma com suas especificidades. Isso porque, como será abordado, o limite de uma, muitas vezes, encontra-se no começo de outra e vice-versa. Por esta razão, as teorias do nexo causal na responsabilidade civil devem ser estudadas de forma pormenorizada.

Ressalta-se, por fim, que a formulação das teorias do nexo de causalidade teve por objetivo nortear a interpretação e a aplicação do dever de indenizar em situações específicas. Ela serve, de certo modo, para apontar o sujeito ao qual devem ser imputadas as consequências do evento danoso, delimitar a extensão do dano ressarcido, bem como verificar se um determinado acontecimento pode ser considerado causa do resultado danoso.

## **2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Antes de adentrar ao estudo e análise das questões referentes ao nexo de causalidade e suas teorias, faz-se necessário expor brevemente os demais pressupostos para o surgimento da obrigação de ressarcimento.<sup>299</sup>

A partir da análise do artigo 186 do Código Civil<sup>300</sup>, são quatro os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: (i) conduta omissiva ou comissiva; (ii) culpa ou dolo do agente - ou prevista em lei como ensejadora de responsabilidade objetiva; (iii) dano certo e atual e (iii) nexo causal entre aquela conduta e este dano, que será exposto de forma pormenorizada. <sup>301</sup>

---

299 **TEPEDINO**, Gustavo e **FACHIN**, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil, Volume II. 23°. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.431.

300 “Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

(BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Fonte: Planalto)

301 **MONTENEGRO**, Antonio Lindbergh C. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Anaconda Cultura, 1986, p. 16. In: **TEPEDINO**, Gustavo; **FACHIN**, Luiz Edson (org.). Diálogos sobre Direito Civil.

Portanto, somente será indenizada aquela pessoa que comprovar a existência, no caso concreto, de um prejuízo ao seu patrimônio ou uma ofensa da personalidade humana, uma conduta antijurídica ou tipificada em lei como geradora de responsabilidade civil objetiva – que independa de culpa ou dolo – e um vínculo fático e jurídico entre conduta e dano (nexo causal).

## 2.1 Conduta

Em termos gerais, conduta é qualquer atuação humana voluntária que se manifesta por meio de uma ação ou omissão e que produz consequências jurídicas.<sup>302</sup>

Para Sérgio Cavalieri, a ação consiste na “forma mais ordinária de manifestação da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer”<sup>303</sup>. Portanto, é um comportamento positivo, como, por exemplo, a destruição de uma coisa alheia.

A omissão, por sua vez, do ponto de vista jurídico, é uma conduta (comissiva) que depende de norma anterior que a impõe. Possui, destarte, natureza normativa, e não naturalística, sendo considerada uma abstenção de uma atividade que poderia e deveria realizar.<sup>304</sup>

Como explica João de Matos Antunes Varela, a omissão não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado, mas entende-se que é a causa do dano, sempre que o dever jurídico especial de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação do dano.<sup>305</sup>

Para Antônio Menezes Cordeiro, há, fundamentalmente, duas situações nas quais a omissão pode ser verificada.<sup>306</sup> A primeira diz respeito a situações de negligência, nas quais o bem protegido é atingido não por uma ação destinada a atingi-la, mas pela inobservância de certos deveres de cautela que se impusessem. E a segunda situação

---

302 **CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 15ª. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2021, p. 62.

303 *Ibidem*, p. 62.

304 *Ibidem*, p. 62.

305 **VARELA**, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. 10ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 428.

306 **CORDEIRO**, Antonio Menezes. Tratado de Direito Civil, v. VIII – Direito das Obrigações. 1ª. ed. Lisboa: Almedina, 2014, p. 437.

referem-se aos deveres de tráfego, ou seja, aqueles que protegem bens delicados ou que impedem sobre quem tenha o controle de fontes de perigo.<sup>307</sup>

Em regra, apenas aquele que der causa ao dano responde pelo fato. O referido preceito encontra fundamento na teoria da reparação, que, por sua vez, estabelece que aquele que, ao infringir dever legal ou social, prejudica terceiro, deverá certamente indenizar pelo prejuízo sofrido.

Porém, o diploma civil brasileiro coloca a salvo a responsabilidade do fato de terceiros, a quem o responsável está associado por um dever de sentinela. Conforme consagrada pela lei e aperfeiçoada pela jurisprudência, essa espécie de responsabilidade inspira-se em um anseio de segurança, objetivando uma maior proteção à vítima lesada.

Por fim, para que a conduta possa ensejar a reparação de dano a outrem, ela precisa ter a característica da antijuridicidade, isto é, a ação ou omissão deve violar lei ou preceito jurídico.

## 2.2 Culpa

No direito brasileiro, foram consagradas duas espécies de responsabilidade civil: a objetiva e a subjetiva. Como o próprio nome diz, a culpa é pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, sendo bastante estudada e analisada para sua aferição, enquanto, na responsabilidade civil objetiva, a culpa é irrelevante.

O Código Civil estabelece que aquele que, por negligência ou imprudência, viola direito e causa danos a terceiros comete ato ilícito, sendo, portanto, responsável pelo seu ressarcimento. A obrigação de indenizar existe não somente em razão de uma conduta previamente almejada, mas, também, pela demonstração da existência de culpa pelo infrator.

No mesmo desiderato, Fernando Noronha esclarece:

*"Na responsabilidade civil subjetiva o fato gerador será sempre um ato ilícito em sentido próprio, que (...) é uma conduta humana, uma ação ou omissão determinada voluntariamente pela pessoa, ou que esta pelo menos poderia controlar, se fosse mais cuidadosa. Na responsabilidade civil objetiva o fato gerador poderá ser tanto uma conduta humana como um fenômeno natural. A conduta humana,*

---

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 437.

*aqui visada, será aquela considerada independentemente de qualquer ideia de culpa."*<sup>308</sup>

A culpa, para a doutrina clássica, pressupõe a violação de um dever originário de conduta. Gustavo Tepedino pontifica que a culpa, na sua concepção clássica,

*"é violação de dever preexistente, para cuja configuração se exige o elemento subjetivo, identificado na manifestação volitiva livre e consciente do agente, bem como na previsibilidade do resultado. Caracteriza-se, por conseguinte, a culpa, pela voluntariedade da conduta, entendida como a consciência do comportamento. Pouco importa a intenção do agente quanto à produção do resultado danoso: haja ou não o propósito de causar prejuízo, há culpa lato sensu se presentes, na violação do dever preexistente, a vontade de agir e a previsibilidade do resultado"*<sup>309</sup>

Isso posto, a culpa em sentido amplo compreende toda categoria de comportamentos contrários ao Direito, seja intencional (dolo), seja tencional (culpa).<sup>310</sup>

Em ambos os casos, verifica-se a ação ou omissão voluntária do agente. No entanto, no que tange ao dolo, a referida conduta já nasce ilícita, uma vez que a vontade se dirige à concretização de um resultado almejado e antijurídico, enquanto que, na culpa, a ilicitude aparece apenas no resultado.<sup>311</sup>

Esclarece-se que, se a atuação ofensiva do agente é procurada e voluntariamente alcançada, há dolo. A voluntariedade da ação ou omissão compreende tanto o conhecimento do agente sobre a consequência danosa de sua conduta quanto também de seu caráter antijurídico.<sup>312</sup>

Por outro lado, se o prejuízo da vítima decorre de um comportamento negligente ou imprudente do autor do dano, fala-se em culpa *stricto sensu*.

---

308 **NORONHA**, Fernando. Direito das obrigações. 4ª. ed. São Paulo: E-book. Biblioteca eletrônica Saraiva, 2013, p. 187.

309 **TERRA**, A. de M.; **GUEDES**, G. S. da C.; **TEPEDINO**, G. Responsabilidade Civil - Fundamentos do Direito Civil. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 120.

310 **CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Cit., p. 68

311 *Ibidem*, p. 68.

312 **MIRAGEM**, Bruno. Responsabilidade Civil. 2ª. ed. Rio de Janeiro: E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2021, p. 155.

Há, portanto, doutrinadores que entendem desnecessária a diferenciação entre o dolo e a culpa *stricto sensu* no âmbito da responsabilidade civil, uma vez que o diploma civil brasileiro não distingue ambas as espécies. Uma conduta antijurídica – dolosa ou culposa – ensejará a obrigação de ressarcimento do prejuízo, respondendo da mesma forma o infrator pelas consequências de suas condutas. Diferentemente do sistema penal, cuja indenização possui caráter punitivo, na seara do direito civil, a indenização possui caráter reparatório.

A indenização, portanto, é mensurada por meio da extensão do dano, e não pelo grau de culpa. Ainda que seja constatado que o agente agiu com culpa levíssima, será obrigado a manter o terceiro indene.

Da mesma forma, a doutrina tradicional, conforme já mencionado, preocupa-se em classificar a culpa.

Há, pois, três formas de culpa: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência caracteriza-se como sendo a inobservância de normas que determinam agir com atenção, cuidado e com discernimento.<sup>313</sup>

A imprudência, no que lhe respeita, relaciona-se com um descaso pela diligência. Revela-se no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos.<sup>314</sup>

A imperícia, em suma, deriva do descumprimento do dever de agir com perícia. Em outros termos, é o dever do advogado de conhecer sua profissão e atuar conforme o esperado de um profissional do direito. Associa-se à culpa profissional. Dessume-se que o dever de perícia só será exigível na medida em que o agente tiver, em razão de qualidade que ostenta, profissional ou técnica, conhecimento específico com o qual se orienta sua atuação, e cuja ausência teve por consequência o dano.<sup>315</sup>

A culpa *stricto sensu* possui conceito único, qual seja a violação de um dever de diligência. No entanto, a conduta culposa pode se exteriorizar de diversas maneiras. Para Sérgio Cavalieri Filho, a graduação da culpa em diferentes modalidades consiste em

---

313 **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2009, p. 191.

314 **RIZZARDO**, Arnaldo. Responsabilidade civil. 8ª. ed. Rio de Janeiro: E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2019, p.5.

315 **MIRAGEM**, Bruno. Responsabilidade Civil. Cit., p. 156.



ângulos diversos de exame do mesmo fenômeno, no que diz respeito ao grau de previsibilidade e a falta de cuidado por parte do responsável pelo prejuízo.<sup>316</sup>

Ainda, são três as espécies de culpa nas quais a doutrina se atenta. A primeira é a culpa grave, que mais se aproxima ao dolo. Nela, o agente está próximo a procurar o resultado ou tem total consciência de que sua conduta implicaria em tal fato, mas acredita sinceramente que o evento não ocorrerá. A culpa leve, por sua vez, é a falta evitável com atenção ordinária. Por fim, a culpa levíssima consiste na falta evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular.

### 2.3 Dano

O dano é outro requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil. Ainda que haja violação a um dever jurídico com dolo ou culpa por parte do agente causador do dano, a inexistência de um prejuízo certo e atual é suficiente para eximir o infrator do dever de indenizar.

A esse respeito Sérgio Cavalieri demonstra:

*"O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa"*<sup>317</sup>.

Para Fernando Noronha, o dano "é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada."<sup>318</sup>

---

316 **CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Cit., p. 68.

317 **CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Cit., p. 70.

318 **NORONHA**, Fernando. Direito das obrigações. Cit., p. 188.

A causação do dano dá lugar ao nascimento de uma obrigação autônoma, o que se verifica “mesmo no terreno da culpa contratual, de modo que a consequência do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação de satisfazer o dano”<sup>319</sup>

A noção de dano, ao longo de seu desenvolvimento, sempre esteve restrita à ideia de diminuição do patrimônio o que, de certa forma, delineava uma noção meramente naturalista, como defendido por Polacco (*apud Agostinho Alvim*): “Dano é a efetiva diminuição do patrimônio e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida.”<sup>320</sup>

Pela *Teoria da Diferença*, como exposto por Agostinho Alvim, o dano resulta da diferença entre a situação do bem antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência<sup>321</sup>. As críticas nessa teoria residiam no fato de que o dano deveria ser amplamente considerado, ou seja, levando em consideração tanto os prejuízos patrimoniais, quanto os não patrimoniais, aqui incluídos os bens coletivos, ou seja, que não pertençam a pessoas determinadas, mas à coletividade.

Em resposta, com o advento da revolução industrial, a *Teoria do Interesse* surgiu como complementação da *Teoria da Diferença*, o que possibilitou uma visão normativa do dano. Assim, o dano passou a ser considerado qualquer lesão a um interesse jurídico, sendo considerado como qualquer diminuição ou subtração do patrimônio bem como de direitos não patrimoniais.<sup>322</sup> Houve, pois, a ampliação dos danos suscetíveis de reparação, ou seja, na extensão da obrigação de indenizar danos extrapatrimoniais, ou morais, e na tutela dos danos transindividuais.<sup>323</sup>

De acordo com a análise de nossa legislação, o dano pressupõe a lesão de qualquer bem jurídico, podendo ser material (violação na esfera patrimonial) e/ou moral (lesão que não produz efeito patrimonial). O dano material, como regra geral (artigo 402

319 **ALVIM**, Agostinho. Da inexecução das Obrigações e suas Consequências, 3º ed, São Paulo. Saraiva 1980, p. 169-170.

320 *Ibidem*, p. 170.

321 **TERRA**, A. de M.; **GUEDES**, G. S. da C.; **TEPEDINO**, G. Responsabilidade Civil Fundamentos do Direito Civil. Cit., p. 29.

322 **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Cit., p. 167-169.

323 **NORONHA**, Fernando. Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil. Revista Sequência – PPGD UFSC. V. 19, nº 37 (1988), p. 33 (Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>)

do Código Civil<sup>324</sup>), engloba os danos emergentes, ou seja, aquilo que a vítima efetivamente perdeu, e os lucros cessantes, isto é, aquilo que a vítima deixou de ganhar.

## **2. O NEXO CAUSAL DIANTE DA EVOLUÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

É cediço que o nexo de causalidade é pressuposto indispensável na responsabilidade civil, seja a responsabilidade objetiva, seja a responsabilidade subjetiva. No entanto, é recente a importância dada a ele pelos operadores do Direito.

Anteriormente, apenas aqueles que praticavam voluntariamente um ato contra o Direito era responsabilizado<sup>325</sup>. O ramo do direito privado estava consubstanciado nos pilares da Modernidade, com raízes na revolução francesa de princípios liberais e racionais.

A obrigação de ressarcimento pelo prejuízo ocasionado tinha como principal justificativa a culpa do infrator. Objetiva-se, destarte, a condenação do agente da conduta danosa. Esse modelo acabava por enaltecer a proteção do patrimônio privado, facultando a sua agressão apenas nas hipóteses em que a culpa se revelava evidente, isto é, que a sua prova não se apresentava tarefa impossível ou excessivamente difícil.<sup>326</sup>

Com o advento da revolução industrial e posteriormente o surgimento do Estado social, a culpa perde protagonismo na seara da responsabilidade civil, na medida em que o senso de comunidade passou a extrapolar o pensamento individualista. Assim, almejava não mais a condenação do indivíduo que promoveu o dano, mas sim a promoção da tutela do direito da vítima do dano.

A tutela efetiva do direito da vítima, com o intuito de ressarcir todos os danos sofridos, independentemente de existir ou não culpa de terceiros, passou a ser o foco da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade civil passou a ser entendida

---

<sup>324</sup> "Art. 402. *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*"

(BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Fonte: Planalto)

<sup>325</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil. Revista Sequência – PPGD UFSC. V. 19, nº 37 (1988), p. 33 (Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>)

<sup>326</sup> TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Cit., p.433.

não mais no sentido de punição à conduta do ofensor, mas a plena reparação da vítima acometida por um prejuízo. 327

A Constituição Federal de 1988, ao garantir a proteção da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, alterou, de forma radical, a forma pela qual a responsabilidade civil deve ser interpretada. Dessume-se, outrossim, que a reparação de qualquer dano deve sempre ocorrer para que o referido direito possa ser garantido. No art. 37, §6º328, ainda, o constituinte disciplinou expressamente a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado e prestadoras de serviços públicos.

O Código Civil de 2002 ao estabelecer expressamente o dever de indenizar independentemente de culpa ou dolo os danos causados por legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito, bem como para os prejuízos decorrentes do arremesso ou queda de objeto em um prédio ou construção manteve a tendência objetivadora, como já estava previsto no Código Civil de 1916.

Ampliou a responsabilidade pelo fato do produto para relações além daquelas caracterizadas como de consumo. Inclusive, estabeleceu, no parágrafo único do art. 927, que todas as demais hipóteses legais de responsabilidade objetiva permanecem válidas, bem como criou para o nosso ordenamento uma cláusula geral pela qual todos os danos decorrentes de atividades naturalmente arriscadas praticadas com habitualidade devem ser indenizados independentemente de culpa ou dolo de seu titular. 329

Consequentemente, o nexo de causalidade ganhou grande importância no que diz respeito à existência, e, consequentemente, à limitação do dever de indenizar.

### **3.DO CONCEITO DO NEXO DE CAUSALIDADE**

Como visto, pode-se dizer que o principal requisito para configuração da responsabilidade civil é a existência de nexo causal entre um fato e o dano por ele produzido. Sem esse pressuposto, por conseguinte, não há que se dizer em

---

327 **CARPES**, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil (Coleção O Novo Processo Civil. Kindle),

328 *"Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Fonte: Planalto).

329 **TEPEDINO**, Gustavo e **FACHIN**, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Cit., p. 430.

responsabilidade civil. O dever de reparar um dano depende, assim, da existência de relação causal entre certa conduta e o resultado danoso.<sup>330</sup>

Savatier (*apud Agostinho Alvim*) elucida que “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”<sup>331</sup>. Isto é, um dano somente pode gerar responsabilidade ao agente se delimitado um liame e a conduta e o prejuízo.

Diferentemente do que ocorre com a culpa ou dolo, a relação causal jamais pode ser desconsiderada como pressuposto da responsabilidade civil, “sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria”<sup>332</sup>.

Para Marco Fábio Morsello, depreende-se do conceito, pois, que o nexu causal: “é o vínculo, a relação de causa e efeito, entre a conduta e o resultado, o que permite inferir gênese do conceito no âmbito das ciências naturais, de modo a analisar se a ação ou omissão foi ou não a causa do dano”<sup>333</sup>

Judith Martins-Costa assevera que, pelo nexu causal, é estabelecido se uma determinada ação pode ser considerada causa de determinado resultado.<sup>334</sup>

Esse pressuposto constitui a relação de conexão entre dois eventos, sendo o primeiro um antecedente (causa), e o segundo um posterior (efeito).<sup>335</sup> Mister enfatizar que não é mera associação entre eles. Deve haver uma relação de sucessão entre a causa e o efeito.<sup>336</sup>

---

330 **SCHREIBER**, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 4ª. ed. São Paulo; Atlas, 2012, p.51.

331 **ALVIM**, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. Cit., p. 342 apud SAVATIER. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*, vol. II, n° 456.

332 **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Cit., p. 132.

333 **MORSELLO**, Marco Fábio. O nexu causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 19, janeiro de 2007, pp. 211-218.

334 **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Cit., p. 132.

335 **CARPES**, Artur Thompsen. A prova do nexu de causalidade na responsabilidade civil (Coleção O Novo Processo Civil. Kindle), posição 447.

336 *Ibidem*, posição 447.

Além disso, Gustavo Tepedino traz as duas funções do nexo causal. Por um ângulo, determina o responsável pelo prejuízo causado a outrem. Por outro, é protagonista na verificação da extensão do dano a indenizar.<sup>337</sup>

O conceito de nexo causal não é, assim, exclusivamente jurídico, uma vez que decorre, em princípio, das leis naturais. Possui natureza epistemológica. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Irá determinar se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.<sup>338</sup>

Pontes de Miranda esclarece que “o nexo de causalidade deve ser verificado entre o fato e dano, e não sempre entre o devedor e o dano, porque o ato ilícito não é a única fonte dos deveres de indenizar.”<sup>339</sup>

Para Agostinho Alvim, “a simplicidade do conceito, segundo o qual o dano só é indenizável quando seja possível atribuí-lo ao inadimplemento do avençado, contrasta, singularmente, com as dificuldades que a teoria do nexo causal oferece nas suas diferentes aplicações.”<sup>340</sup>

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira enxerga a causalidade como o mais delicado dos elementos da responsabilidade e o mais difícil de ser determinado.<sup>341</sup> Em matéria de responsabilidade civil, o tema da causalidade é capital.<sup>342</sup>

Há, como descortina Silvio Venosa, duas questões problemáticas a serem consideradas na constatação do nexo de causalidade. Elas residem na dificuldade de prova e na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano.<sup>343</sup>

A última ocorre quando há diversas circunstâncias que concorrem no mesmo evento, o que a doutrina denomina de causalidade múltipla ou *concausas*. Nessa situação,

---

337 **TERRA**, A. de M.; **GUEDES**, G. S. da C.; **TEPEDINO**, G. Responsabilidade Civil Fundamentos do Direito Civil. Cit., p. 84.

338 **FILHO**, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. Cit., p. 47.

339 **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo XXII. São Paulo: Ed. RT, 3º ed., 1984.

340 **ALVIM**, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. Cit., p. 342.

341 **PEREIRA**, Caio Mário da Silva; **TEPEDINO**, Gustavo. Responsabilidade Civil. 13ª. ed. Rio de Janeiro; E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2022, p. 76.

342 **ALVIM**, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. Cit., p. 342.

343 **VENOSA**, Silvio de Salvo. Direitos Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil. V. 2. 21ª. ed. São Paulo; E-book. Biblioteca eletrônica Atlas, 2021, p. 403.



faz-se necessário restringir, com precisão, qual delas é considerada a causa real do resultado danoso.

Na tentativa de sanar o sujeito ao qual devem ser imputadas as consequências de evento danoso, bem como de delimitar a extensão do dano a ser ressarcido, a doutrina criou teorias sobre o nexo de causalidade. Elas, de certa forma, buscam facilitar e nortear a compreensão e a aferição da extensão do dever de indenização do agente causador de dano.

#### **4.DAS TEORIAS DO NEXO DE CAUSALIDADE**

São várias as teorias que buscaram solucionar a problemática do nexo de causalidade na seara da responsabilidade civil. Faz-se útil, pois, trazer à tona as principais delas: (i) teoria da equivalência das condições, (ii) teoria da causalidade adequada, (iii) teoria do dano direto e imediato.

Sublinha-se, no entanto, que nenhuma das teorias oferece soluções certas e precisas para os problemas práticos, uma vez que buscam meramente nortear o raciocínio dos profissionais do direito na busca de uma melhor solução. É esperado dos julgadores, portanto, o balizamento de suas decisões nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

De certo, o nexo causal deverá ser analisado e determinado caso a caso, com base nas provas produzidas pelo demandante e avaliação de todos os aspectos que a espécie oferece.

Rui Stoco, no mesmo sentido, pondera:

*“Enfim, independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado”<sup>344</sup>*

Seja como for, e tendo em conta os limites da presente abordagem, convém examinar criticamente as principais teorias jurídicas, cuja função é fornecer critérios interpretativos.

---

<sup>344</sup> **STOCO**, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

## 5.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida por teoria da equivalência das condições, teoria objetiva da causalidade ou mesmo teoria da *conditio sine qua non*, foi desenvolvida em meados do século XIX pelo criminalista alemão Maximiliano von Buri, por meio da obra "*A respeito da causalidade e da responsabilidade dela decorrente*", publicada em 1860.

A obra ora citada, em seu princípio, objetivava esclarecer, na seara penal, a razão pelo qual o cúmplice poderia ser considerado responsável pelo crime cometido pelo autor. No entanto, também foi utilizada como fundamento para a averiguação da extensão do dano na responsabilidade civil.

Para seus defensores, todas as condições de um dano se equivalem. Os antecedentes que, de certa forma, concorreriam para o evento danoso, deveriam ser considerados.<sup>345</sup> Nas palavras de Agostinho Alvim, a teoria da equivalência das condições aceita qualquer das causas como eficiente, sendo que a sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria.<sup>346</sup>

Todas condições indispensáveis para o evento seriam causas; mesmo uma qualquer causa da causa seria sempre causa do resultado: "*causa causae causa causati*"

Para Judith Martins-Costa, quaisquer condições que compõem a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, se sua inocorrência impedir a realização do evento.<sup>347</sup>

Como aponta Stuart Mill, é arbitrária e destituída de base científica qualquer distinção entre causa e condição. Apesar de serem muitas as condições determinantes de um fenômeno, nenhuma delas merece receber a preferência de causa.<sup>348</sup>

A apreciação das causas que resultam no dano opera-se por meio de uma valoração "após o fato" em dois sentidos (i) a conduta é causa do evento apenas se, na ausência desta, o evento não se verificar (sentido positivo). e (ii) a conduta não é causa do evento quando, mesmo na ausência desta, o evento teria igualmente ocorrido (sentido negativo).<sup>349</sup>

---

345 **PEREIRA**, Caio Mário da Silva; **TEPEDINO**, Gustavo. Responsabilidade Civil. Cit., p. 76

346 **ALVIM**, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. Cit., p. 345.

347 **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Cit., p. 199-200.

348 **COSTA JÚNIOR**, Paulo José. Nexo Causal. Siciliano Jurídico. 3º ed. São Paulo, 2003, p. 102.

349 **CARPES**, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil (Coleção O Novo Processo Civil. Kindle), posição 608.

De acordo com Fernando Noronha, o art. 403 do Código Civil<sup>350</sup> afastou definitivamente essa teoria, uma vez que, da análise do referido dispositivo, mesmo quando tiver havido uma atuação dolosa, não são indenizáveis todos os prejuízos efetivos, nem todos os lucros cessantes, mas apenas aqueles que possam ser considerados “efeito direto e imediato” do inadimplemento da obrigação.<sup>351</sup>

Dessume-se que a teoria da *conditio sine qua non*, no âmbito da responsabilidade objetiva, acaba por ampliar de forma ilimitada o dever de reparar. Isso porque considera inúmeros agentes e eventos como capazes de produzir prejuízos a vítima. A adoção dessa teoria levaria longe demais a obrigação de reparação.

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho anota que essa teoria é criticada pelo seguinte motivo:

*“conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria prima e assim por diante.”<sup>352</sup>*

Judith Martins-Costa, no mesmo diapasão, sublinha que as críticas se referem à excessiva abrangência da teoria da *sine qua non*, já que estabelece uma variedade de responsáveis “mesmo com as precauções tomadas para distinguir “ocasião” de “condição””.<sup>353</sup>

Anderson Schreiber utiliza-se do exemplo da conduta do vendedor de uma bola de golfe, que transfere o objeto para um jogador o qual acerta um passante e falece imediatamente. Nessa situação, no campo penal, o vendedor não seria responsabilizado tendo em vista o princípio da tipicidade, fundamentado na máxima *nullum crimen sine*

---

350 “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

(BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Fonte: Planalto)

351 **NORONHA**, Fernando. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais | vol. 816/2003

352 **CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Cit., p. 62.

352 *Ibidem*, p.85

353 **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Cit., p. 201-202.

*lege* (não existe crime sem que haja lei que o defina).<sup>354</sup> No entanto, na esfera civil, caso fosse utilizada a teoria da equivalência das condições para averiguar a existência de liame causal, o direito seria palco de inúmeras injustiças.<sup>355</sup>

Assim, essa teoria poderia causar resultados desastrosos, uma vez que o direito civil se guia por cláusulas gerais, sem a amarra de um princípio da tipicidade.

Na esfera da responsabilidade civil subjetiva, por sua vez, o prejuízo de adoção da teoria não seria grande, ao passo que possui a culpa como filtro para a sua constatação. A partir do momento que fosse constatada a culpa, somente seriam indenizáveis os danos que teriam ocorrido com o fato culposos.

## 5.2 Teoria da Causalidade Adequada

De acordo com a teoria da causalidade adequada, elaborada na Alemanha por Ludwig von Bar e, posteriormente, aprimorada por von Kries, considera-se causadora do dano a condição por si só é apta a produzi-lo. Causa, portanto, é o antecedente não apenas necessário, mas também, adequado para produzir o resultado danoso.

Assim, caso forem inúmeras as condições que concorreram para o acontecimento de determinado resultado, nem todas poderão ser consideradas causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do dano.

Conclui-se, portanto, que, para os defensores dessa teoria, diferentemente do que ocorre na teoria da *conditio sine qua non*, "causa" e "condição" possuem conceitos distintos. A causa, como já exposto, é aquela que foi, após um juízo de probabilidade, considerada a mais adequada para a produção do evento danoso, enquanto as demais condições seriam circunstâncias não causais.

Possui como objetivo identificar, na presença de diversas condições, qual foi a potencialmente apta a produzir os efeitos danosos, independentemente das demais circunstâncias que, no caso concreto, operam em favor de determinado resultado.<sup>356</sup>

Caio Mario da Silva Pereira traz em uma de suas obras o resumo da teoria:

*"o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido.*

354 **SCHREIBER**, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. Cit., p.53.

355 *Ibidem*, p.53.

356 **CARPES**, Artur Thompsen. A prova do nexos de causalidade na responsabilidade civil (Coleção O Novo Processo Civil. Kindle)

*Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, "no curso normal das coisas", provoca um dano dessa natureza."<sup>357</sup>*

Sergio Cavalieri Filho destaca que:

*"Na causalidade adequada, portanto, a palavra-chave é adequação. Para ser considerado causa, o antecedente terá que ser não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. E o problema reside justamente neste ponto. Como estabelecer, entre várias condições, qual foi a mais adequada? Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento." <sup>358</sup>*

É necessário, para a averiguação da causa, a realização do juízo de probabilidade, isto é, um retorno à situação concreta para que, a partir dessa situação, seja examinado, em abstrato, se a ação estava dotada de idoneidade a provocar o evento danoso. Esse exercício é denominado de "*prognose póstuma*" ou prognose retrospectiva.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,

*"a causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se*

---

357 **PEREIRA**, Caio Mário da Silva; **TEPEDINO**, Gustavo. Responsabilidade Civil. Cit., p. 133.

358 **CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Cit., p. 86.

*existir no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada.”<sup>359</sup>*

Há, ainda, duas faces da teoria: a positiva e a negativa. Para os defensores da formulação positiva, “um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior quando favoreça a produção deste” <sup>360</sup>.

Para os partidários da teoria negativa, “causa adequada é a que, segundo as regras da experiência, não é indiferente ao surgir do dano. Em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é causa inadequada”<sup>361</sup>.

A formulação negativa, segundo Fernando Noronha, é preferível. Ela deixa clara a razão da subsistência do nexos causal mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso, dilata o âmbito da causalidade e facilita a prova do nexos de causalidade (provada a condicionalidade, fica presumida a adequação).<sup>362</sup>

No entanto, a teoria da causalidade adequada foi igualmente criticada em virtude da discricionariedade das avaliações de normalidade e probabilidade das circunstâncias relevantes para o acontecimento de um dano.

Há uma associação entre a teoria da causalidade adequada e a teoria da *conditio sine qua non* no que se refere à constatação da real causa do dano. Ambas as teorias gerariam resultados exagerados e imprecisos, estabelecendo nexos de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados efetivamente produzidos – por se equivalerem ou por serem abstratamente adequadas a produzi-los – ainda que todo e qualquer resultado danoso seja sempre, e necessariamente, produzido por uma causa imediata.

Argumenta-se que o caráter “adequado” da causalidade depende do grau de probabilidade do dano, sendo esta incerta.

Não há, portanto, uma regra determinada para se estabelecer qual a causa mais adequada. Faz necessário a análise casuística para se chegar na melhor solução possível, com base no bom senso e na ponderação.

### **5.3 Teoria do Dano Direito e Imediato**

---

<sup>359</sup> **GONÇALVES**, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 21<sup>o</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 581

<sup>360</sup> **NORONHA**, Fernando. Direito das Obrigações. Cit., p. 236.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 236-237.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 236-237.



A teoria do dano direto e imediato, também denominada como teoria da causalidade direta e imediata ou teoria da interrupção do nexa causal, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Pode-se considerar que essa teoria consiste em uma combinação equilibrada entre a teoria da *conditio sine qua non* e a teoria da causalidade adequada.<sup>363</sup>

A interrupção do nexa causal ocorreria toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verificasse pelo surgimento de uma circunstância outra que, com anterioridade, fosse aquela que acabasse por responder por esse mesmo esperado resultado. <sup>364</sup>

Só se reconhece o nexa de causalidade a partir da constatação que o dano é efeito necessário de determinado evento, sendo que as expressões “direto” e “imediato” não dizem respeito a qualquer distância temporal entre os eventos, mas da sua respectiva proximidade lógica.<sup>365</sup>

De acordo com Agostinho Alvim, a teoria requer que haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. “É indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei quer o dano seja o efeito direito e imediato da inexecução”<sup>366</sup>

Os lucros cessantes (dano remoto), nessa situação, não seriam indenizáveis, já que se mostram como consequência indireta do inadimplemento. Por outro lado, Agostinho Alvim defende que “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de *concausas*. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.”<sup>367</sup>

---

363 **GONÇALVES**, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Cit., p. 304

364 *Ibidem*, p. 304.

365 **ALVIM**, Agostinho. Da inexecução das Obrigações e suas Consequências. Cit., p. 337.

366 *Ibidem*, p. 339.

367 **ALVIM**, Agostinho. Da inexecução das Obrigações e suas Consequências. Cit., p. 351.

No Brasil, o Código Civil brasileiro de 1916 acolheu expressamente a teoria do dano direito e imediato, o que, de certa forma, foi ratificada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 403<sup>368</sup>.

O preceito “efeito direito e imediato” possui origem no direito francês, formulado pelo magistério de Pothier. Com a finalidade de demonstrar sua teoria, utilizou-se do exemplo do negociante que vendeu uma vaca, que sabia sofrer de doença contagiosa. Essa vaca morreu, mas antes contagiou o restante do gado do comprador, que também veio a falecer em sua totalidade. O comprador, ficando sem animais para lavrar e adubar as terras, não plantou, por isso não colheu. Ficando impossibilitado de pagar as suas dívidas, viu a fazenda ser executada e vendida judicialmente.<sup>369</sup>

Com essa situação, Pothier quis demonstrar que o negociante não era obrigado a reparar os danos que fossem “consequência distante e indireta do dolo” com que tinha procedido.<sup>370</sup>

Essa teoria, no entanto, recebeu críticas dos doutrinadores no que tange sua austeridade. A sua rigidez teria o condão de gerar injustiças no que diz respeito àquelas situações em que existem danos indiretos que resultam do comportamento do agente, os chamados “danos por ricochete”.

Em resposta a possível insegurança quanto aos danos indiretos e remotos, desenvolveu-se a subteoria da necessariedade causal, na qual traz um diferente sentido às expressões “dano direto” e “dano imediato”. Elas deveriam ser interpretadas como indicativas de uma relação de necessariedade, e não de simples proximidade, entre causa e efeito.

No mesmo sentido, “para fazer frente a essa questão a doutrina postula uma interpretação que distinga entre “causa direta” e “causa mais próxima”. A causa direta e imediata nem sempre seria a mais próxima do dano, mas, sim, aquela que necessariamente o ensejou.”<sup>371</sup>

---

<sup>368</sup> “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os frutos cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Fonte: Planalto

<sup>369</sup> **NORONHA**, Fernando. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais | vol. 816/2003

<sup>370</sup> Idem ref. 54

<sup>371</sup> **MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Cit., p. 214.

Com isso, verifica-se a existência de danos indiretos e passíveis de indenização, desde que sejam consequências necessárias da conduta tomada como causa.

Para Judith, não obstante o prestígio que a teoria do dano direto e imediato alcançou no direito brasileiro, o certo é que, examinadas as suas bases, verifica-se que esta constitui mera variante da teoria da causalidade adequada. Reconhecer que determinado evento foi mais determinante para provocar o resultado (dano), nada mais é do que reconhecer ter sido este o mais adequado para que o resultado tivesse ocorrido.<sup>372</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Em matéria de responsabilidade civil, considera-se o nexo causal o pressuposto primordial para a averiguação do dever de reparação dos prejuízos causados a terceiros.

A culpa, com o advento da responsabilidade civil objetiva, deixou de ser o elemento essencial. Sublinha-se que, mesmo para os casos de responsabilidade civil subjetiva, o grau de culpa não consiste em fator determinante para a extensão da reparação do dano. O protagonismo, que antes imperava na culpa do agente, pois, foi transferido ao nexo de causalidade.

Com o nexo causal, é possível determinar quem será o responsável pela reparação dos danos e quais os danos que serão reparados. Isso é, o referido pressuposto possui tanto a função de imputar a alguém que agiu de tal forma a produzir um dano, a obrigação de indenizar, quanto a função de estabelecer a extensão do dano para sua reparação.

Com efeito, a doutrina elaborou diversas teorias para facilitar e nortear a solução da problematização do nexo causal, quais sejam: (i) teoria da equivalência das condições, (ii) teoria da causalidade adequada, (iii) teoria do dano direto e imediato.

Todas as três teorias sofreram críticas pelos doutrinadores. A primeira por estabelecer, de forma ilimitada, o dever de reparar daquele que causou dano a outrem. A segunda por determinar o nexo de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados por um juízo abstrato. A terceira, enfim, por não abarcar os danos indiretos e remotos.

Dessa forma, caberá ao juiz de Direito, independentemente da terminologia, a análise casuística, com fundamentação robusta nas provas e a interpretação do caso para que se chegue em uma melhor solução possível quanto ao nexo causal da conduta e do dano.

---

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 215-216.

Conclui-se, portanto, que as teorias não devem ser excludentes entre si. Uma pode servir como complemento e fundamentação da outra. Cada caso, pois, deve ser analisado conforme suas especificidades.

## **6. BIBLIOGRAFIA**

**ALVIM**, Agostinho. Da inexecução das Obrigações e suas Consequências, 3º ed, São Paulo. Saraiva, 1980.

### **BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**

**CARPES**, Artur Thompsen. A prova do nexu de causalidade na responsabilidade civil (Coleção O Novo Processo Civil. Kindle),

**CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 15ª. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2021.

**CORDEIRO**, Antonio Menezes. Tratado de Direito Civil, v. VIII – Direito das Obrigações. 1ª. ed. Lisboa: Almedina, 2014.

**COSTA JÚNIOR**, Paulo José. Nexu Causal. Siciliano Jurídico. 3º ed. São Paulo, 2003.

**GONÇALVES**, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 21º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

**MARTINS-COSTA**, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2009.

**MIRAGEM**, Bruno. Responsabilidade Civil. 2ª. ed. Rio de Janeiro: E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2021.

**MORSELLO**, Marco Fábio. O nexu causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 19, janeiro de 2007.

**NORONHA**, Fernando. Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil. Revista Sequência – PPGD UFSC. V. 19, nº 37 (1988), p. 33 (Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>)

**NORONHA**, Fernando. Direito das obrigações. 4ª. ed. São Paulo: E-book. Biblioteca eletrônica Saraiva, 2013.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva; **TEPEDINO**, Gustavo. Responsabilidade Civil. 13ª. ed. Rio de Janeiro; E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2022.

**RIZZARDO**, Arnaldo. Responsabilidade civil. 8ª. ed. Rio de Janeiro: E-book. Biblioteca eletrônica Forense, 2019.

**SCHREIBER**, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 4ª. ed. São Paulo; Atlas, 2012.

**STOCO**, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**TEPEDINO**, Gustavo e **FACHIN**, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil, Volume II. 23ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

**TERRA**, A. de M.; **GUEDES**, G. S. da C.; **TEPEDINO**, G. Responsabilidade Civil - Fundamentos do Direito Civil. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

**VARELA**, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. 10ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

**VENOSA**, Silvio de Salvo. Direitos Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil. V. 2. 21ª. ed. São Paulo; E-book. Biblioteca eletrônica Atlas, 2021.

## **TOMADA DE DECISÃO APOIADA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

**PRISCILA CORTEZ DE CARVALHO:** Advogada inscrita na OAB/SP, mestranda em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialista em contratos empresariais pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

**Resumo:** O presente estudo propõe abordar o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) em favor da pessoa com deficiência, cujo principal objetivo é valorizar sua autonomia da vontade, garantindo-se um sistema de apoio que auxilie a superação das dificuldades que a condição de deficiência lhe imponha, de modo a promover a plenitude de seu exercício de direitos.

**Palavras-chaves:** Capacidade Civil – Tomada de decisão apoiada – Pessoa com deficiência.

**Abstract:** This study proposes to approach the Institute of Supported Decision-Making (SDM) in favor of people with disabilities, whose main objective is to value their autonomy of will, ensuring a support system that helps overcome the difficulties imposed by the condition of disability, in order to promote the fullness of people's rights.

**Key words:** Civil Capacity – Supported decision – Handicapped

### **1. Introdução.**

Após o Decreto Legislativo nº 186/2008, incorporou-se à Constituição Federal os princípios consagrados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, culminando na alteração do regime das incapacidades, cuja tradução foi expressa no Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015.

As inovações trazidas têm por base um novo paradigma da deficiência, a qual deverá ser sempre tida sob a óptica de proteção dos direitos humanos em um contexto social, de modo a buscar-se um ambiente que não agrave a limitação funcional da pessoa ou de suas características peculiares advindas de sua condição. Assim, no lugar da exigir normalidades biomédicas, a visão impressa por meio do Estatuto é de se prevalecer a abordagem biopsicossocial – o que evidencia a preocupação com a condição da deficiência em sua questão de saúde em conjunto com fatores biológicos, psicológicos e sociais para medir os obstáculos ao exercício de seus direitos e garantir que sejam superados.



Neste contexto se percebe a substituição dos mecanismos que anulavam por completo o exercício de seus direitos civis, para um modelo que que *"enseja um novo olhar: as limitações funcionais de cada indivíduo não determinam seu destino, senão requerem que o ambiente disponha de recursos de acessibilidade necessários para possibilitar plena e efetiva participação de todos"*<sup>373</sup>.

Justamente sob esta nova percepção que se insere o instituto da TDA, cujo principal objetivo é o reconhecimento das capacidades e habilidades oportunizando que as pessoas com deficiência (física ou mental) tenham condições de igualdade no exercício de seus direitos civis, destacadamente quanto a sua autonomia de vontade.

Assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou garantir o sistema de apoio, em que a própria vontade do deficiente seja escutada no momento da prática dos atos da vida civil e patrimonial, sendo o instituto da *"Tomada de Decisão Apoiada"* uma **faculdade** a ser exercida pela pessoa deficiente:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

**§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada** (grifou-se).

Conforme os ensinamentos do Professor Rosenvald:

Na Tomada de Decisão Apoiada o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Pensemos em uma pessoa com mais de 18 anos ou emancipada (pois para os menores o sistema dispõe da autoridade parental e tutela), que em razão de uma dificuldade qualquer ou um déficit funcional (físico, sensorial ou psíquico), permanente ou temporário, sinta-se impedida de gerir os seus próprios interesses e até mesmo de se conduzir pelo cotidiano da vida. Ela necessita de auxílio e, para tanto, o Direito Civil lhe defere a tomada de decisão apoiada. Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de

---

373 BRASIL. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva: 2016, p. 63.

agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa<sup>374</sup>.

Muitos apontam a TDA como instrumento representativo de verdadeira gradação de intervenção da autonomia, já se mostra como *instituto intermediário entre a plena capacidade e a curatela*<sup>375</sup>: *a) pessoas sem deficiência terão capacidade plena; b) pessoas com deficiência se servirão da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais; c) pessoas com deficiência qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno serão interditas* (ROSENVALD).

A TDA é contemplada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.13.146/1) para ingressar no Título IV, do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a vigorar acrescido do Capítulo III (após o estudo da tutela e curatela). O novo art. 1.783-A veicula a sua essência:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhes apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Assim, para fazer valer os novos institutos da capacidade legal, modificou-se o Código Civil para refletir estes novos paradigmas, o que era desvirtuado antes da promulgação do Estatuto – sendo a TDA medida de assistência conferida ao deficiente para praticar atos da vida civil, sendo instituída por sua vontade e sob sua escolha das pessoas que figurarão como seus apoiadores.

## 2. Natureza jurídica.

Da leitura do *caput* do artigo 1.783-A do Código Civil e de seu §1º, extraem-se os elementos necessários para caracterização da natureza jurídica do instituto da TDA:

§ 1º. Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos

---

374 ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Revista IBDFAM, n. 10, p. 11, 2015.

375 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) A capacidade civil da pessoa natural. São Paulo: Editora IASP, 2020, p.300.

apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Trata-se, pois, de negócio jurídico que depende de formalidade legal, manifesta pelo obrigatório processamento judicial da vontade do interessado, o qual deverá indicar seus escolhidos a prestarem o apoio. Assim, o acordo tido entre apoiado e apoiadores passa pela homologação judicial, instaurando-se um processo de jurisdição voluntária, consoante se extrai dos parágrafos 1º e 9º, **constituindo um negócio jurídico** que, para se completar, exige um ato do Estado.

Disto decorre a conclusão de que se trata de processo de jurisdição voluntária, diante do fato de o magistrado não atuar "*para resolver um conflito, efetivar um direito ou acautelar outro interesse, mas apenas para integrar um negócio jurídico ou um ato de interesse dos particulares, verificando a sua conveniência ou a sua validade formal, quando por lei for exigida a sua participação*"<sup>376</sup>.

Em outras palavras, "*a tomada de decisão apoiada será um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado, consistindo, então, em instituto intermediário entre a plena capacidade e a curatela*".<sup>377</sup>

### 3. Procedimento.

Sob o *caput* do artigo 1.783-A do Código Civil, os parágrafos 2º e 3º revelam o procedimento a ser adotado:

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no *caput* deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

Assistida por um advogado, a pessoa interessada no instituto da TDA deve propor a ação judicial específica com o plano de apoio que melhor se adegue às suas

---

376 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). 2016.

377 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) A capacidade civil da pessoa natural. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 308

necessidades, no qual indicará duas ou mais pessoas, de sua confiança e com as quais possua vínculo para que sejam nomeadas suas apoiadoras (BEZERRA DE MENEZES).

Deve-se, assim, ser apresentado detalhadamente os termos de apoio, seus limites e extensão, além de seu prazo de vigência ou a indicação de que se dará por prazo indeterminado.

Tendo em vista que nada é tratado expressamente pela lei, e considerando que se trata de negócio jurídico privado, o plano de apoio a ser exercido pode abranger tanto questões patrimoniais quanto existenciais, escolhas no âmbito médico, cuidado pessoal dentre outras matérias de interesse do apoiado.

O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio<sup>378</sup>.

Deve-se atentar para o fato de que apenas a pessoa a ser beneficiada pelo apoio é titular do direito de requerer sua homologação judicial, eis que se trata de um ato personalíssimo, e nunca deve ser aceito sob requerimento de terceiros.

A lei determina que, em se tratando de negócio jurídico *"que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão"* (art. 1.783-A, § 6.º).

À semelhança do pedido de curatela, **o foro competente** para se levar o pedido de TDA é o das varas cíveis de direito de família da jurisdição do domicílio da pessoa que requer o apoio.

#### 4. Efeitos.

Não há expressa exigência legal de que a sentença homologatória da TDA seja levada a averbação no registro de pessoas naturais, tal como se exige em relação à curatela (CPC, art.756, § 3º).

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que sejam coadjuvados pelos apoiadores, a pessoa com

---

<sup>378</sup> *Idem ibidem.*

deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil (ROSENVALD).

Diante da conservação da capacidade do beneficiário da TDA e exatamente como expresso no § 4º do artigo 1.783-A do Código Civil, *a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.*

Para o professor Flávio Tartuce:

A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (art. 1.783-A, § 4.º, do CC/2002). Assim, presente a categoria, desaparece toda aquela discussão aqui exposta a respeito da validade e eficácia dos atos praticados por incapazes, como vendas de imóveis, perante terceiros de boa-fé. Havendo uma tomada de decisão apoiada, não se cogitará mais sua nulidade absoluta, nulidade relativa ou ineficácia, o que vem em boa hora, na opinião deste autor<sup>379</sup>.

Contudo, caso o terceiro com quem contrata a pessoa apoiada manifeste sua insegurança quanto a validade do negócio jurídico diante da deficiência do contratante, aquele pode solicitar *que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado* (§5º do artigo 1.783-A do Código Civil).

## 5. Apoiadores.

Os apoiadores escolhidos devem preencher pressupostos legais para o exercício do encargo, tais quais a idoneidade, confiança e o vínculo com o pretense apoiado (art. 1.783-A, *caput*).

Caso o apoiador discorde de eventual escolha do apoiado, quanto à consolidação de determinado negócio jurídico, deverá, inclusive, informar ao juiz sobre o fato, se entender que aquela escolha possa resultar em riscos ou prejuízo relevante ao apoiado (art. 1.783-A, § 6º). Nessa hipótese, o juiz ouvirá o Ministério Público e, ao final, decidirá.

Ao ser informado o juiz, importará *verificar se a pessoa que requereu o apoio ainda persiste com a sua capacidade de agir e se, relativamente ao negócio jurídico em formação,*

---

379 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2017, p. 942.

*conserva a capacidade de querer e entender todos os possíveis resultados, inclusive aqueles que poderão importar em riscos e prejuízos* (BEZERRA DE MENEZES).

A atuação dos apoiadores deverá sempre estar nos termos do plano de apoio homologado e sua atuação estará sempre sob a fiscalização judicial, ao passo que se houver casos de abusos, pressão indevida sobre o apoiado ou de negligência de sua atuação ou inadimplemento de suas funções, o apoiador – após a oitiva da pessoa apoiada e o Ministério Público – poderá ser destituído do cargo (1.783-A, § 7º), determinando que se indique novo apoiador.

O fim do encargo de apoiador também poderá ocorrer a pedido do próprio: ao apoiador o direito de pedir o seu desligamento do processo de tomada decisão apoiada (1.783-A, §10). Sua exclusão está condicionada à manifestação do juiz e, nesse caso, à semelhança do que se exige do curador e do tutor, o apoiador deverá apresentar sua prestação de contas.

## **6. Tomada de decisão apoiada x instrumento de mandato.**

A diferenciação da atuação dos apoiadores e meros mandatários é recorrentemente abordada para a correta aplicação do instituto: enquanto a TDA impõe rigorosa responsabilidade aos apoiadores, que se mantém sob um plano específico e detalhado do encargo, sob validação do ato de sua constituição, bem como sob supervisão do Judiciário e do Ministério Público; a "*transferência dos poderes de representação é instrumentalizada pela via do negócio unilateral de procuração, o outorgante estará naturalmente sujeito ao risco do mal cumprimento de suas determinações pelo procurador*"<sup>380</sup>.

A solenidade exigida para a validação do negócio jurídico de instituição do apoio se justifica, inclusive, pela assimetria entre as partes (apoiadores e apoiado), do que decorre a intervenção judicial e fiscalização do Ministério Público sobre os atos dos apoiadores – algo que não ocorreria se fossem constituídos pelo apoiado como meros procuradores.

Outra importante diferença está na discricionariedade do mandatário para deliberar e decidir como agir para atingir a finalidade da representação, podendo, até mesmo rejeitar poderes, contrariamente do que se verifica em relação à atuação do apoiador, que deve seguir estritamente o plano de apoio, sob pena de poder ser destituído do cargo.

---

<sup>380</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). 2016.



## **7. Possibilidade de adequação do processo para alterar o pedido de TDA para curatela ou vice-versa.**

Em brilhante estudo sobre o tema, a Professora Joyceane trouxe à baila a discussão sobre a possibilidade de adaptação do procedimento da TDA para curatela ou vice-versa.

Primeira questão seria quanto a possibilidade de adaptação do pedido de decisão apoiada para curatela ao se verificar indícios de que a pessoa que pleiteia o benefício sofre limitações mais severas de modo a comprometer-lhe a capacidade. Em resposta, a ilustre Professora ensina:

No pedido de decisão apoiada, se o juiz, ao ouvir a parte requerente, assistido por uma equipe multidisciplinar, identificar indícios de que a mesma sofre limitações severas à capacidade de discernir, considerando o parecer do MP, poderá adaptar o feito. Poderia intimar os legitimados ativos da ação de curatela (C.Civ., art. 747), fazendo uso do que dispõe o art. 139, VI, do NCPC, para lhes facultar a propositura do pedido de curatela, a fim de resguardar os interesses da pessoa em questão. Se a pessoa apresentar uma limitação psíquica grave, o próprio Ministério Público poderá, em caráter subsidiário, propor a ação de curatela<sup>381</sup>.

Tal conclusão está calcada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que a tutela adequada deve ser garantida conforme a realidade do direito material (BEZERRA DE MENEZES), não podendo ser afastado um direito fundamental pela simples impropriedade do procedimento. Ressalva-se apenas a necessidade de prévia intimação das partes, evitando que as partes sejam surpreendidas por brusca mudança no procedimento e possam exercer o contraditório e adequarem estratégias processuais.

A segunda questão de adequação de procedimento envolve a possibilidade de haver um agravamento da condição do deficiente ao longo da tramitação do pedido de TDA, ao ponto de afetar-lhe a capacidade e ser necessária sua curatela. Neste caso, segundo a Professora Joyceane, qualquer pessoa com legitimidade para a propositura da curatela poderá fazer o pedido de conversão da TDA para curatela, sendo prevento o juízo que conheceu o processo de decisão apoiada. Nomeado um curador provisório, já se esvazia o papel do apoiador, especialmente se o âmbito do apoio coincidir com a extensão do que se pede na curatela. Assim, uma vez decretada a curatela, a tomada de decisão apoiada é encerrada (BEZERRA DE MENEZES).

---

381 *Idem ibidem*.

Por última e terceira questão seria a conversão da curatela em TDA a a partir da provocação do Ministério Público. A resposta é negativa para esta questão: Ao perceber a capacidade da pessoa submetida ao processo de curatela a única solução possível é seu indeferimento e não sua adequação ao TDA, o qual sequer poderia ser admitido senão única e exclusivamente a requerimento da pessoa a ser beneficiária do instituto, não cabendo nem mesmo ao juiz ou ao representante do Ministério Público sua instauração.

Acrescenta a Professora Joyceane que "*nada obsta que se possa orientar a pessoa em face da qual se pediu a curatela sobre a possibilidade de requerer a decisão apoiada*"<sup>382</sup>.

## **8. Conclusão.**

A deficiência deixou de ser motivação para a nulidade dos negócios jurídicos e passou a ser percebida como condição que deve ser superada por meio da promoção de um ambiente social adequado a garantir isonomia das pessoas acometidas por limitações.

Vigorando a plena capacidade do deficiente, o instituto da TDA não se coaduna com uma mera constituição de mandatários que façam uma simples representação da pessoa com deficiência, mas estabelece encargo a pessoas escolhidas pelo deficiente para auxiliá-lo nas decisões quotidianas de todas as ordens – também definidas pela pessoa a ser beneficiada – e sob a supervisão judicial de do Ministério Público, os quais fiscalizarão a atuação dos apoiadores.

A Tomada de Decisão Apoiada se mostra verdadeiro instrumento de afirmação da capacidade civil da pessoa com deficiência, ao passo que deixa claro a manutenção de sua autonomia de vontade, servindo-lhe os apoiadores como meros auxiliares para garantir a proteção de seus interesses.

## **9. Bibliografia.**

BRASIL. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva: 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2017

---

382 *Idem ibidem.*

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) A capacidade civil da pessoa natural. São Paulo: Editora IASP, 2020.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Revista IBDFAM, n. 10, p. 11, 2015.

## SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**REBECCA SCALZILLI RAMOS PANTOJA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada.

**RESUMO:** Este trabalho busca explicar o sistema de precedentes introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 2015. Ademais, objetiva analisar se os precedentes elencados no art. 927 do CPC são de aplicação obrigatória pelos órgãos jurisdicionais.

**Palavras-Chave:** *Civil law*; *Common law*; Novo Código de Processo Civil; Precedentes; Obrigatoriedade; *Ratio decidendi*; Constitucionalidade.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. O QUE SÃO OS PRECEDENTES JUDICIAIS. 1.1. CONCEITO 1.2. CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA. 1.3. ELEMENTOS DOS PRECEDENTES. 1.4. EFEITOS DOS PRECEDENTES 1.5. TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL. 1.5.1. APLICAÇÃO E REJEIÇÃO. 1.5.2. DISTINÇÃO. 1.5.3. SUPERAÇÃO. 2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CRIAÇÃO DE UMA TEORIA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1. SEGURANÇA JURÍDICA 2.2. ISONOMIA. 2.3. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. 3. DIVERGÊNCIA ACERCA DA INSTITUIÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 3.1. ARTIGO 927, CPC/15: PRECEDENTES PERSUASIVOS. 3.2. ARTIGO 927, CPC/15: PRECEDENTES VINCULATIVOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

Como é sabido, o Brasil faz parte da tradição do *civil law*, tendo como principal fonte do direito a lei. Com efeito, a aplicação do Direito é realizada a partir de um processo de interpretação segundo o qual o juiz interpreta uma lei positivada e extrai dela a norma jurídica que será aplicada ao caso concreto.

Entretanto, verifica-se que a lei comporta infinitas interpretações, fazendo com que essa atuação dos magistrados implique em tratamentos distintos para casos idênticos e afetando, por conseguinte, os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Nesse contexto, a doutrina identificou a necessidade de importar a técnica dos precedentes típica do sistema do *common law*, que se funda na igualdade, coerência e estabilidade da ordem jurídica, bem como na previsibilidade. Seguindo essa tendência, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 optou por introduzir ao direito processual civil interno um sistema de precedentes, que se encontra materializado sobretudo nos artigos 926 e 927 do referido diploma legal.

Apesar desta necessidade de adotar no âmbito do ordenamento jurídico interno alguns aspectos jurídicos pertencentes aos países de tradição do *common law*, de modo a observar os princípios constitucionais, parte da doutrina questiona a atribuição de eficácia vinculante às decisões constantes no artigo 927 do Código de Processo Civil, uma vez que não há previsão constitucional no sentido desta obrigatoriedade.

Nesse passo, este trabalho busca expor os argumentos favoráveis à adoção de um sistema de precedentes vinculativos a partir do marco do Código de Processo Civil de 2015, bem como apresentar a divergência existente no campo doutrinário em relação a esta obrigatoriedade de vinculação das decisões por todos os órgãos jurisdicionais, considerando as vantagens e desvantagens de cada corrente de pensamento.

## 1. O QUE SÃO OS PRECEDENTES JUDICIAIS

### 1.1. Conceito

Inicialmente, cumpre registrar que precedente judicial consiste, nas lições de Didier, na decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior<sup>383</sup>. Assim, toda e qualquer decisão de qualquer órgão jurisdicional, a qual é utilizada como base de formação de outra decisão jurisdicional posterior, é tida como um precedente.

Observa-se aqui a máxima *treat like cases alike*, segundo a qual os casos iguais devem ser tratados igualmente. Ou seja, cabe ao judiciário conceder o mesmo tratamento aos casos que apresentam a mesma tese jurídica, na ocasião do seu julgamento.

Com efeito, os precedentes judiciais não são considerados no ordenamento jurídico brasileiro fontes formais do direito, uma vez que não possuem força de lei. No entanto, é necessário ter em mente que, conforme as lições de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, "*atribui-se ao precedente, em geral, um valor complementar, haja vista expressarem, de forma subsidiária, o conteúdo e o verdadeiro sentido das regras e dos princípios que integram o ordenamento jurídico nacional*"<sup>384</sup>.

---

383 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 441.

384 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. Revista de Processo, nº 259, 2016, p. 407.

Analisado o conceito de precedente judicial, é importante ressaltar a diferença entre os precedentes aplicados nos países de tradição *common law* e aos precedentes adotados pelo Brasil.

Nas tradições do *common law*, o julgado não é reconhecido como precedente no momento de seu nascimento, mas adquire esta roupagem a partir de decisões posteriores. Considerando este aspecto retrospectivo do precedente, atribui-se ao órgão julgador futuro o dever de olhar para as decisões passadas a fim de observar se existe algum precedente para solucionar o caso concreto.

Nesse sentido, segundo a doutrina de Alexandre Câmara:

(...) nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte. Explique-se melhor: quando, em um ordenamento jurídico ligado à tradição anglo-saxônica, um tribunal julga uma causa, não se sabe se aquela decisão será ou não, no futuro, tida por precedente. Apenas quando, posteriormente, surge um segundo caso cujas circunstâncias são análogas à do caso anterior é que o órgão jurisdicional a quem incumba a função de julgar este segundo caso afirmará que aquela primeira decisão é um precedente.<sup>385</sup>

Diferentemente, no direito pátrio, que segue a tradição *civil law*, os precedentes vinculantes encontram-se previstos na Constituição Federal e, em razão disto, já são conhecidas previamente as decisões que gozam desta eficácia. Desse modo, o julgado já nasce com esta condição, sendo certo que servirá como diretriz decisória que subordinará os julgamentos futuros.

Isto posto, Ronaldo Cramer conceituou precedente como "*todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.*"<sup>386</sup>

## 1.2. Condições de existência dos precedentes

---

385 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 439.

386 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.



No direito brasileiro, para que seja considerado precedente, o pronunciamento judicial deve reunir três elementos marcantes, quais sejam: (i) ser um julgado de tribunal; (ii) ser uma norma criada a partir da interpretação das leis; e (iii) ter se tornado estável<sup>387</sup>.

No que se refere ao primeiro pressuposto, é necessário que seja um julgado de tribunal devido à nossa tradição processual: somente o posicionamento dos tribunais são considerados jurisprudência, que nada mais é que um precedente reiteradamente aplicado.

Ademais, saliente-se que, em observância à regra da colegialidade, segundo a qual o julgamento será realizado pelo órgão colegiado, não é possível que uma decisão do relator seja considerada como precedente.

Em relação ao segundo pressuposto, tem-se que o precedente é uma norma criada a partir da interpretação das regras aplicadas ao caso concreto. Para Frederick Schauer, "*precedentes dependem de regras, e essas regras, por sua vez, dependem de contexto*"<sup>388</sup>

Neste sentido é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O juiz não pode criar direito do nada, da sua própria cabeça, seguindo suas convicções e crenças pessoais. Afinal, vivemos num Estado Democrático de Direito e o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina. O direito é tripé: lei + doutrina + jurisprudência<sup>389</sup>.

Por último, no que tange ao terceiro pressuposto do precedente, é imprescindível que o julgado do tribunal seja estável, ou seja, que não esteja sujeito à interposição de recurso, uma vez que a possibilidade de recurso gera também a possibilidade de modificação do precedente.

### **1.3. Elementos dos precedentes**

No sistema de precedentes, verificam-se presentes na fundamentação do julgado os seguintes elementos: (i) o relatório, (ii) a fundamentação, (iii) o dispositivo, (iv) a *ratio*

---

387 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 87-88.

388 SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, v. 39, 1987, com tradução por André Duarte de Carvalho; MACÊDO, Lucas Buriel de. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA et. al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 57.

389 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: Paradoxo apenas aparente*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA et. al. (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 57.

*decidendi* e (v) o *obiter dictum*. Merecem especial destaque os dois últimos elementos, que serão analisados individualmente nas linhas seguintes.

A denominada *ratio decidendi* consiste na norma geral extraída do caso concreto que servirá de fonte de direito para casos semelhantes futuros. Assim, somente é possível considerar *ratio decidendi* a regra jurídica que, apesar de ter sido criada no contexto do caso concreto, tenha o poder de ser universalizada<sup>390</sup>.

Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, "*a ratio decidendi não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra*"<sup>391</sup>, sendo certo que a *ratio decidendi* constitui a própria norma do precedente que deverá ser seguida em casos idênticos e, ausente este elemento, fica comprometida a identificação da norma do precedente<sup>392</sup>.

Ainda conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni, "*ratio decidendi são as razões necessárias e suficientes para a solução da causa ou de qualquer questão julgada pelo tribunal*"<sup>393</sup>.

É de se ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, é indispensável por força do art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 11, do CPC a observância da fundamentação das decisões judiciais, sendo a *ratio decidendi* um de seus elementos.

Portanto, conclui-se que a essência do precedente é a sua *ratio decidendi*, uma norma geral criada pelo magistrado no âmbito do caso concreto, que servirá de regra de direito para casos semelhantes futuros.

Já o *obiter dictum*, segundo elemento do precedente que merece destaque, é a parte da decisão que não tem aptidão para vincular o órgão julgador em decisões futuras.

Segundo Lucas Buril de Macêdo, o *obiter dictum* "*é a parte do precedente obrigatório imprestável para a construção de sua norma*"<sup>394</sup>. Nesse passo, conclui-se que o *obiter dictum* é constituído por "*argumentos de aproximação, passagens ilustrativas ou trechos digressivos que surgem na fundamentação para completar o raciocínio contido na*

---

390 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 447.

391 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 149.

392 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 104.

393 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, pp. 239-241.

394 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.337.

*ratio decidendi*<sup>395</sup>, podendo, inclusive, refletir a opinião pessoal do redator do acórdão sobre o caso julgado que não foi submetida ao julgamento<sup>396</sup>.

Trata-se, portanto, de mero reforço argumentativo realizado pelo órgão julgador, a fim de embasar as razões de decidir que formam a *ratio decidendi*, não tendo o condão de vincular os órgãos jurisdicionais, uma vez que não foram objeto de contraditório.

Por fim, convém registrar que a doutrina observa que o *obiter dictum* pode demonstrar uma inclinação do Tribunal a superar determinado precedente ou até mesmo sinalizar uma nova orientação deste. Além disso, ressalta que o *obiter dictum* de um precedente pode alcançar a condição de *ratio decidendi* no julgamento de um futuro hard case, formando, assim, um novo precedente.

#### **1.4. Efeitos dos precedentes**

Os precedentes podem ser dotados de eficácias variadas. Isso porque o dever judicial de respeito aos precedentes pode variar em menor ou em maior grau, a depender da capacidade que tais precedentes possuem de vincular ou não os julgamentos futuros (ausência de vinculação ou vinculação absoluta).

Nesse passo, os precedentes dotados de vinculação absoluta, isto é, os precedentes vinculantes, são de aplicação obrigatória, o que significa dizer que o órgão julgador, quando diante de um caso que já possui tese jurídica firmada, está vinculado a ela.

Com efeito, não cabe alternativa ao órgão jurisdicional a não ser a aplicação do precedente vinculante, com exceção dos casos de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do referido precedente, que serão estudados em momento posterior do presente artigo.

Saliente-se que a vinculatividade do precedente se encontra, com base na doutrina de Alexandre Câmara, na fundamentação, não no dispositivo da decisão, pouco importando, assim, o resultado do julgamento, que somente diz respeito às partes litigantes.

Conforme estudado no item destinado à conceituação da *ratio decidendi*, elemento do precedente, esta é a responsável por caracterizar o fundamento determinante do precedente judicial, razão pela qual goza de eficácia vinculante, o que não ocorre com a *obiter dicta*, dispensável à fundamentação. Em razão disto, o Enunciado 318 do Fórum

<sup>395</sup> CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 107.

<sup>396</sup> CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 107.

Permanente de Processualistas Cíveis determina que "os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante".

Os precedentes com eficácia persuasiva, por sua vez, compreendidos como meramente argumentativos, servem para demonstrar o acerto do discurso jurídico<sup>397</sup>, tratando-se da "eficácia mínima de todo precedente"<sup>398</sup>.

Entretanto, à luz da doutrina de Alexandre Câmara, estas espécies de precedentes não podem ser simplesmente ignorados pelos órgãos jurisdicionais, vez que a não aplicação do precedente persuasivo implica em um ônus argumentativo do órgão julgador que justifique a sua não aplicação<sup>399</sup>.

Desse modo, no caso dos precedentes de natureza persuasiva, diversamente do que ocorre com os precedentes vinculantes, é admissível decisão conflitante, sendo necessário, no entanto, que isto se faça por meio de decisão devidamente fundamentada em que se demonstrem os motivos pelos quais é constitucionalmente legítima a decisão em sentido diverso.

## **1.5. Técnicas de aplicação do precedente judicial**

Neste momento, estudaremos as principais técnicas de aplicação do precedente judicial, tanto obrigatório/vinculante quanto persuasivo, quais sejam: (i) aplicação e rejeição; (ii) distinção; e (iii) superação.

### **1.5.1 Aplicação e rejeição do precedente judicial**

Segundo a doutrina de Ronaldo Cramer, a aplicação do precedente, tanto vinculante quanto persuasivo, pressupõe a demonstração de um encaixe entre o precedente e o caso sob julgamento.

Nesse diapasão, quando diante de um caso concreto, cabe ao julgador primeiramente analisar se este caso guarda alguma semelhança com o precedente<sup>400</sup>, ou

397 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 116.

398 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 456.

399 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 435.

400 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 490.

seja, deve verificar se há identidade de tese jurídica e semelhança de fatos entre os casos, o do precedente e o sob julgamento.

Havendo semelhança entre o caso do precedente e o caso sob julgamento, o precedente será aplicado (i) obrigatoriamente, quando se tratar de precedente vinculante; (ii) facultativamente, quando se tratar de precedente meramente persuasivo, destacando-se a necessidade de decisão adequadamente fundamentada acerca da não-aplicação. Em ambos os casos, o juiz deve fundamentar a aplicação do precedente ao caso concreto, conforme dispõe o artigo 489, § 1º, V do Código de Processo Civil.

Diversamente, quando não houver identidade de tese jurídica e semelhança de fatos, não ocorrerá a aplicação do precedente. Neste caso, os efeitos da rejeição de precedentes de eficácia vinculante e precedentes de eficácia persuasiva são diferentes.

Isto porque a não aplicação do precedente persuasivo pressupõe tão somente a discordância do julgador com o precedente. Neste caso, se o precedente for invocado por uma das partes litigantes, o juiz deverá fundamentar, especificamente, a não aplicação do precedente persuasivo ao caso sob julgamento, apontando de forma clara os motivos pelos quais discorda do precedente, entende que existe distinção no caso em concreto ou verifica a superação do precedente<sup>401</sup>.

Já para que o juiz deixe de aplicar um precedente cuja eficácia é vinculante, pressupõe-se a configuração da distinção ou da superação, sendo certo que em ambos os casos o magistrado deverá motivar a sua decisão, conforme o teor do artigo 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil.

### 1.5.2 Distinção

A técnica de distinção (*distinguishing*) na aplicação do precedente judicial importa "na realização de comparações, definindo a aplicabilidade de determinado precedente ao caso concreto, à luz da coerência e da integridade do Direito"<sup>402</sup>.

Nesse sentido, cabe ao magistrado, por meio de comparações, analogias e contra-analogias, analisar se o caso do precedente aproxima-se do caso sob julgamento, de modo a aplicar ou não a norma extraída do precedente ao caso em discussão, devendo haver, necessariamente, identidade entre eles, sob pena de haver a distinção.

---

<sup>401</sup> CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 140.

<sup>402</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: DIDIER JR. Fredie; CUNHA *et. al.* (Org.). *Precedentes*, 2015, p. 310.

Entretanto, é de se ressaltar que nunca um caso será absolutamente idêntico ao anterior. Assim, deve haver uma limitação da ideia de igualdade absoluta no âmbito dos precedentes judiciais.

Nesse sentido, Lucas Buril de Macêdo defende que devem ser observados os fatos relevantes para a tomada de decisão. Assim, "*a distinção se faz quando os fatos juridicamente relevantes do precedente e do caso subsequente não são os mesmos.*"<sup>403</sup>

Já Ronaldo Cramer entende que podem ser considerados casos idênticos os casos que apresentam semelhança dos fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada e identidade dos fundamentos jurídicos desses fatos (esses requisitos formam a identidade de tese jurídica).<sup>404</sup>

Com efeito, é dever do magistrado, quando se encontrar diante de um caso concreto e um precedente, seja ele vinculante ou não, observar se os fatos determinantes de cada caso se assemelham ou não, ou se os casos apresentam a mesma tese jurídica. Caso a resposta dessa análise seja negativa, o precedente não será aplicado: haverá ocorrido a distinção.

Por fim, registre-se que a distinção no direito processual civil brasileiro pode ser realizada tanto pelos juízes de primeira instância vinculados ao tribunal do qual emanou o precedente quanto pelo próprio tribunal, sendo certo que "*as distinções são um método aplicativo dos precedentes, não se justificando sua limitação a órgãos específicos*"<sup>405</sup>.

### 1.5.3 Superação

Já a superação consiste na "*revogação do precedente por outro precedente proferido pela mesma corte que criou o anterior ou por uma corte hierarquicamente superior*"<sup>406</sup>, ou seja, "*superar um precedente significa tirá-lo do ordenamento jurídico como Direito vigente, colocando algo novo em seu lugar*"<sup>407</sup>.

Hermes Zaneti Jr., apresenta uma justificativa para a superação dos precedentes:

---

403 MACÊDO, 2015, p. 356

404 CRAMER, 2016, p. 145

405 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 362.

406 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 145.

407 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 362.



(...) como o direito é artificial e serve aos homens, não estando escrito em pedras de mármore, existirão casos em que o precedente deverá ser modificado ou superado. Trata-se de uma premissa decorrente da racionalidade da decisão e da pretensão de correção das decisões judiciais que lhe está na base.<sup>408</sup>

Ao contrário do que ocorre na distinção, a superação é uma prerrogativa dos Tribunais. Ainda, um precedente somente pode ser revogado pelo Tribunal que o criou, ficando responsável por criar um novo precedente para colocar no lugar daquele que foi revogado.

Convém registrar que a mudança de orientação judicial pode afetar a segurança jurídica, razão pela qual a revogação do precedente é uma medida que deve ser tomada excepcionalmente, conforme alerta Alexandre Câmara:

Em outras palavras, a mudança jurisprudencial provoca um déficit de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico: se a orientação jurisprudencial anterior for não mantida, haverá surpresa e frustração, abaladoras dos ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico; se a orientação jurisprudencial anterior for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito<sup>409</sup>.

A superação do precedente pode ser feita pelo Poder Judiciário, quando este proferir decisão formando um novo precedente do qual se extraia uma norma jurídica diferente da extraída do precedente anterior. Com base no artigo 927, §4º, do CPC, esta revogação deve ser expressa, apresentando fundamentação adequada e específica para a superação.

Ademais, a superação pode ser realizada pelo Poder Legislativo, sendo certo que o legislador pode tanto proferir um ato em sentido contrário ao precedente, quanto

---

<sup>408</sup> MARINONI In: WAMBIER, 2015, p. 1327

<sup>409</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 479-480.

promulgar uma lei com o conteúdo da norma do precedente, passando a ser, assim, o referencial normativo daquela norma<sup>410</sup>.

Por fim, para não gerar insegurança jurídica, ao promover a superação, o órgão jurisdicional deve concluir que a necessidade de superação do precedente é mais forte que a necessidade de continuidade dele<sup>411</sup>.

Inclusive, a fim de que o precedente não seja completamente revogado, é possível que o Tribunal faça a revogação parcial da norma do precedente, o que reduziria sua incidência com a modificação parcial de seu significado.<sup>412</sup>

## **2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CRIAÇÃO DE UMA TEORIA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO**

Como visto, o Brasil é reconhecidamente um país que adotou a tradição do *civil law*, na medida em que a principal fonte do direito, juntamente com os princípios, é a lei. Nesse passo, todo o ordenamento jurídico é codificado, devendo o juiz interpretar as normas para aplicá-las ao caso concreto.

Observa-se que, com a evolução da teoria da interpretação, o juiz, ao aplicar a lei, passou a valorá-la, sendo a norma uma derivação da interpretação do juiz<sup>413</sup>. Uma vez que foi conferido ao órgão julgador o poder de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto, é possível que sejam atribuídos à mesma lei diversos sentidos, haja vista se tratar de interpretação pessoal do juiz.

Percebe-se, com isso, que a segurança jurídica é colocada em cheque, visto que, para casos idênticos, a mesma regra pode ser interpretada de maneira diferente, dando origem a uma norma que leva a conclusões e a decisões distintas. Ante o grande número de decisões em sentidos diversos para casos idênticos, verifica-se que não é possível ao cidadão ter a previsibilidade que se espera do direito.

Desse modo, não há dúvidas de que, no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se imperiosa a criação de um sistema de precedentes, sejam eles persuasivos, sejam eles vinculantes, vez que, por óbvio, não se mostra razoável que casos idênticos sejam julgados de formas diferentes somente pelo fato de o julgamento ser realizado por órgãos

---

410 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 388.

411 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 393.

412 CRAMER, 2016, p. 147.

413 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 1ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 63.

jurisdicionais distintos. É mais que desejável importar, do modelo de *common law*, a máxima do *treat like cases alike*, ou seja, conferir tratamento igual aos casos iguais.

Nesse diapasão, em que pese, na maioria dos casos, inexistir no modelo brasileiro o dever funcional dos juízes de seguir em casos sucessivos as decisões anteriormente proferidas em situações análogas, o legislador do CPC/15 (L. 13.105 de 16 de março de 2015) optou por introduzir um sistema de precedentes ao novo Código a partir do artigo 927, com o objetivo de trazer aos jurisdicionados maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

A adoção do referido sistema implica na produção de diversos benefícios a todos que lidam com o Direito, sejam eles jurisdicionados, operadores do direito ou magistrados. Esses benefícios são explicados pela doutrina como justificativas para o respeito aos precedentes, mesmo no âmbito de um país tradicionalmente de civil law, destacando-se: (i) a segurança jurídica; (ii) a igualdade; e (iii) a contribuição à razoável duração do processo. Cada uma dessas justificativas será analisada em seguida, individualmente.

## 2.1. Segurança jurídica

A segurança jurídica encontra previsão implícita nos incisos II, XXXVI, XXXIX e XL do artigo 5º da Constituição da República, sendo, antes tudo, caracterizada como "*valor fundamental para qualquer sistema jurídico*"<sup>414</sup>.

Sob a perspectiva deste valor, Ronaldo Cramer justifica a necessidade de um sistema de precedentes "*em nosso ordenamento não por força de um princípio normativo, mas porque esse sistema gerará um ambiente melhor e mais seguro para a sociedade*"<sup>415</sup>.

É certo que o ordenamento jurídico deve garantir aos jurisdicionados segurança, evitando qualquer tipo de arbitrariedade nos julgamentos das questões levadas ao Judiciário. É dever do Estado garantir que todos se comportem de acordo com o direito – do jurisdicionado aos tribunais.

---

414 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 118.

415 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 54.

Somente assim o cidadão tem condições de planejar suas ações e seu comportamento perante a sociedade. Nesse sentido, pode-se dizer que é direito do jurisdicionado "saber as regras do jogo antes de começar a jogar"<sup>416</sup>.

Para Teresa Arruda, 'os sistemas devem fornecer elementos para que se tenha previsibilidade e para que se possa nele confiar. Os ingleses e anglo-saxões em geral adquirem esta previsibilidade pelo respeito aos precedentes'<sup>417</sup>.

A segurança jurídica impõe o respeito aos precedentes a fim de gerar previsibilidade da resposta judicial e, por conseguinte, pautar a vida em sociedade, sendo certo que a previsibilidade, nas lições de Ronaldo Cramer, "é a dimensão subjetiva da segurança jurídica"<sup>418</sup>.

É de se destacar, ainda, que o Novo Código de Processo Civil positivou o anseio do legislador em evitar as chamadas "decisões-surpresa", criando, para tanto, institutos que efetivem o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica.

Por fim, a segurança jurídica, por meio da estabilidade, previsibilidade e cognoscibilidade, possibilita o devido aconselhamento dos advogados aos seus clientes, pois permitem conhecer como se dá a atuação do Judiciário.

## 2.2. Isonomia

Atualmente, pode-se dizer que a propositura de uma ação equivale a uma "aposta lotérica". Isso porque, recorrentemente, órgãos jurisdicionais decidem de maneira contraditória casos idênticos. Inclusive, é possível observar que, muitas vezes, um mesmo juiz pode vir a decidir casos semelhantes de maneira distinta.

A adoção de um sistema de precedentes contribui para um tratamento isonômico diante das decisões judiciais. À luz da interpretação da máxima *treat like cases alike*, verdadeiro mandamento da tradição do *common law*, verifica-se que a lógica dos precedentes se baseia na utilização da mesma tese jurídica nos casos futuros que com ela possuem identidade, conferindo tratamento idêntico aos casos idênticos.

---

416 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

417 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

418 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 55.

O direito à igualdade encontra previsão no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, que determina que "*todos são iguais perante a lei*". Com efeito, não é possível limitar a aplicação do direito à igualdade à norma positivada, razão pela qual a isonomia deve ser estendida à interpretação decorrente da lei posta. Sob este argumento, Luiz Henrique Volpe Camargo indaga que "*se a lei é igual para todos, a interpretação que dela decorre também deve gerar idêntica aplicação*"<sup>419</sup>.

Para a efetivação do princípio da isonomia no âmbito do Poder Judiciário, é necessário que casos idênticos sejam decididos da mesma forma como já foi decidido anteriormente, observando-se, assim, os precedentes judiciais.

Conforme os ensinamentos de Alexandre Câmara, é dever do órgão jurisdicional, assegurado o contraditório e a ampla defesa, proferir decisão constitucionalmente legítima para o caso concreto, fato que somente será possível quando observadas a coerência e a integridade do ordenamento jurídico<sup>420</sup>.

Certo é que o dever do Estado-Juiz de coerência e integridade tem o condão de impedir que as decisões judiciais possam ser construídas de forma discricionária e arbitrária, destacando-se, também, que uma das dimensões deste dever de coerência refere-se justamente ao respeito do tribunal aos seus próprios precedentes<sup>421</sup>.

### 2.3 Duração razoável do processo

O princípio da razoável duração do processo, direito fundamental, encontra previsão no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal e significa dizer que o trâmite do processo não deve ser "*tão longo que acabe por prejudicar o direito material, como também que não seja tão veloz que venha a suprimir as garantias fundamentais processuais*"<sup>422</sup>.

Com efeito, a celeridade processual consiste, também, em um direito dos litigantes, verificando-se a partir do teor do Novo Código de Processo Civil que a intenção do

---

419 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 572.

420 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 434-435.

421 Enunciado 453, FPPC: "Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)."

422 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 163.

legislador foi de concretizar este direito, criando, em virtude disto, ferramentas processuais capazes de garantir o amplo acesso à justiça.

Observa-se que um destes instrumentos adotados pelo legislador é justamente o reforço aos precedentes judiciais, eis que, no caso de o magistrado concordar com a tese firmada em um precedente judicial, a sua aplicação nos casos concretos diminui consideravelmente o trabalho dos juízes, e, conseqüentemente, o tempo de duração dos processos. Ora, quando a questão já foi decidida por tribunais superiores, pode o juiz tão somente analisar se o precedente se aplica ao caso concreto, não se fazendo necessária a construção de uma nova tese jurídica para o seu julgamento.

Diante do exposto, conclui-se que a adoção de um sistema de precedentes contribui para o alcance da razoável duração do processo, na medida em que indubitavelmente “encurta o caminho” para a concessão da tutela jurisdicional.

### **DIVERGÊNCIA ACERCA DA INSTITUIÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Como estudado nos capítulos anteriores, o legislador do novo Código de Processo Civil introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes. Entretanto, existe grande discussão doutrinária acerca dos efeitos dos precedentes elencados nos incisos do art. 927 – se estes seriam vinculantes ou não.

Nesse passo, os entendimentos doutrinários a respeito do tema podem ser divididos em dois grandes grupos: (i) aqueles que entendem que o artigo 927 elenca precedentes de natureza persuasiva; e (ii) aqueles que entendem que o artigo 927 elenca precedentes vinculantes.

Inicialmente, cumpre observar a redação dada ao artigo supramencionado, a fim de melhor compreender a discussão travada entre as correntes tratam do tema:

Art. 927. Os juízes e os tribunais **observarão**:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;



IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (grifou-se)

### **3.1. Artigo 927, CPC/15: Precedentes persuasivos**

A partir do dispositivo em questão, a primeira corrente doutrinária entende que o comando previsto no *caput* é no sentido de que as decisões ou enunciados de súmula indicados no artigo 927 apenas criam para o magistrado um dever jurídico de levar em conta tais pronunciamentos em suas decisões<sup>423</sup>. Ou seja, extrai-se do artigo 927 um rol de precedentes persuasivos, sendo certo que, embora não vinculem obrigatoriamente os demais órgãos jurisdicionais, devem ser observados por estes órgãos, que podem decidir de forma diversa desde que fundamentem adequadamente a sua decisão.

Segundo Alexandre Câmara, que integra a corrente de pensamento em estudo, a eficácia vinculante do precedente depende de uma outra norma jurídica, que atribui expressamente tal eficácia ao precedente. Caso contrário, o precedente apenas terá eficácia persuasiva. Nesta hipótese, em caso de afastamento do precedente, caberá ao magistrado o ônus argumentativo de justificar o seu afastamento, não podendo simplesmente ignorar sua existência.<sup>424</sup>

De acordo com a corrente em análise, a eficácia vinculante das decisões é fruto da previsão constitucional, motivo pelo qual apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, cuja eficácia encontra previsão no artigo 102, §2º, da Constituição Federal, e os enunciados de súmula vinculante, cuja eficácia está disposta no artigo 103-A, da Constituição Federal, gozam de tal efeito de natureza obrigatória.

A justificação para esse entendimento reside no fato de que o Poder Judiciário, ao proferir decisão com efeito vinculante, estaria exercendo uma função atípica do legislativo, o que somente poderia ser admitido com a devida autorização constitucional.

Com efeito, para esta primeira corrente doutrinária, deve-se dar interpretação ao artigo 927 do Código de Processo Civil de modo a garantir eficácia persuasiva aos precedentes, devendo ser obrigatoriamente observadas pelo juiz as teses aplicadas

---

<sup>423</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 437.

<sup>424</sup> CÂMARA, 2015, p. 434.

anteriormente ao mesmo caso. O que não se admite é a relativização do princípio constitucional da independência funcional dos magistrados, assim como o seu livre convencimento motivado, por lei infraconstitucional, sem que exista autorização constitucional para tanto.

Ademais, é questionada a própria legitimidade democrática das decisões judiciais proferidas, tendo em vista a fragilidade do contraditório nas decisões cujos efeitos tornam-se vinculados a todos os jurisdicionados, sem, porém, que tais jurisdicionados tenham participado e influenciado na fixação da tese jurídica.

### **3.2. Artigo 927, CPC/15: Precedentes vinculativos**

A segunda corrente, por sua vez, sustenta que o rol de precedentes indicados pelo Código de Processo Civil é vinculante, visto que a previsão constitucional da força vinculante da decisão de controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante existe em razão do fato destes precedentes vincularem, além do Poder Judiciário, outros poderes (no caso, a Administração Pública Direta e Indireta). Assim, a eficácia vinculante destes precedentes teriam previsão constitucional porque interfere na separação de poderes<sup>425</sup>.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

Ressalte-se que o efeito vinculante está sendo conferido por norma infraconstitucional, o que suscita e suscitará, obviamente, debate em torno da constitucionalidade do comando. Entretanto, não obstante o pensamento em sentido contrário, entendo que não há qualquer impedimento, de ordem constitucional, para que este efeito vinculante seja estabelecido por norma infraconstitucional. O fato de a Carta Magna prever, nas duas hipóteses já mencionadas, ou seja, nos arts. 102, §2º, e 103-A, representa, apenas, que o referido comando foi inserido em nível constitucional porque (a) possuíam íntima relação com assuntos (controle concentrado de constitucionalidade e inovação afeta ao STF, contendo inclusive a exigência de quórum qualificado de dois terços) tratados na norma maior; (b) foi estabelecido efeito vinculante não apenas para os demais órgãos judiciais, mas também para a administração pública, nas esferas federal, estadual e municipal; (c) preservação do caráter vinculativo, para as duas hipóteses previstas, de eventuais reformas infraconstitucionais, que pudessem afastá-lo; (d) reforço da possibilidade de efeito vinculante para os demais órgãos judiciais,

---

<sup>425</sup> CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 189.

diante de eventual alegação de independência funcional, que se poderia fortalecer se a inovação viesse, primeiramente, por determinação infraconstitucional<sup>426</sup>.

Essa corrente encontra respaldo no enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos*".

Ainda, conforme a doutrina de Ronaldo Cramer<sup>427</sup>, a vinculação obrigatória justifica-se porque, ao longo do processo legislativo do novo Código, o legislador optou por retirar o termo "em princípio" da redação do dispositivo, deixando clara sua intenção de estabelecer um rol de precedentes vinculantes.

Outro elemento que corrobora a intenção do legislador em estabelecer um rol de precedentes vinculantes é a utilização do termo "os tribunais *observarão*" inserido no caput do art. 927: não se trata de uma faculdade concedida ao aplicador do direito, mas sim uma imposição legal, qual seja, de observar os precedentes ali elencados

## CONCLUSÃO

O legislador do novo Código, verificando a insegurança jurídica advinda das decisões dos tribunais e o tratamento desigual dispensado aos jurisdicionados, importou do common law o sistema de precedentes que implica no respeito das decisões tomadas pelos tribunais superiores.

Esta recepção jurídica enseja, claramente, em maior valoração da jurisprudência, que nada mais é que a aplicação reiterada dos precedentes e forma de concretização da segurança jurídica nas decisões judiciais.

Importante ressaltar que não se trata de uma "commolawnização" do direito processual brasileiro: a importação do sistema de precedentes é feita mediante adaptações do instituto ao ordenamento pátrio. Neste sentido, a norma jurídica, que decorre da lei, continua sendo a principal fonte de direito.

Conforme demonstrado no presente artigo, mostram-se incontestes as vantagens advindas da criação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio, uma

---

<sup>426</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: RT, 2014, pp. 35-36.

<sup>427</sup> CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 190-191.

vez que evita a insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais contraditórias, assim como combate o tratamento desigual destinado aos jurisdicionados. Contudo, é questionada a criação de uma teoria dos precedentes vinculantes por meio de uma norma infraconstitucional - o Código de Processo Civil -, sem que exista autorização constitucional para tanto. Isso porque se pode estar diante de flagrante violação da Constituição Federal, que reservou a obrigatoriedade das decisões a casos específicos por ela indicados.

Fato é que a obrigatoriedade da observância dos precedentes por todos os órgãos jurisdicionais traz inúmeras vantagens àqueles que demandam uma posição jurisdicional, mas, ao mesmo tempo, pode amesquinhar prerrogativas dos magistrados e fragilizar o contraditório, sendo necessário discutir, sopesar e definir, enfim, quais dos interesses devem prevalecer.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei . 13.256, de 4-2-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Heaven e Londres: Yale University Press, 1921.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. Coleção justiça e direito. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. Revista de Processo Comparado, n. 2. São Paulo: RT, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões vinculantes*. Revista de Processo, n.100. São Paulo: RT, 2000.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC*. Revista Forense, n. 417, v. 109, 2013.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 1ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Aplicação dos precedentes no Sistema Norte Americano*.  
<https://www.youtube.com/watch?v=YRlItPh6FsY>. Acesso em 28 de abril de 2022.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: RT, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *CFC - Simpósio - O Novo CPC - Prof. Nelson Nery Junior - A Força dos Precedentes Judiciais*.  
<https://www.youtube.com/watch?v=lxXIPKureAc>. Acesso em 28 de abril de 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA et. al. (Org.). *Precedentes*, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microssistema de formatação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. Revista de Processo, nº 259, 2016.

PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, v. 39, 1987. Tradução André Duarte de Carvalho; MACÊDO, Lucas Buril de. In: DIDIER JR., Fredie. CUNHA et. al. (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The english legal system*. Routledge: Londres e Nova Iorque, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. e atual. de acordo com novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodvdm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial. paradoxo apenas aparente*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA et. al. (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



## **DIREITO SUCESSÓRIO PERANTE AS MUDANÇAS SOCIAIS**

**MARIA EDUARDA DE SOUZA BATISTA SIMONATO:**

Bacharelanda em Direito pelo Centro de Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

EDUARDO CURY<sup>428</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O trabalho apresenta como objetivo principal realizar um estudo sobre a evolução do direitosucessório com ênfase nas espécies sucessórias causa mortis. O direito sucessório trata sobreas formasde transmissão de direitos e obrigações em decorrência da morte, bem como garanteque bens oriundos de herança sejam divididos de forma justa entre os herdeiros. A herança éum direitoassegurado pela própria Constituição Federal de 1988, artigo 5, inciso XXX é considerado umdireito fundamental. Diante do exposto, é possível concluir que o tema direitosucessório perante as mudanças sociais, apresenta grande relevância de estudo atualmente, pois trata a respeito não só do indivíduo em âmbito familiar mas da norma e de como há necessidade da mesma se adequar a sociedade, a fim de evitar futuros conflitos. O trabalho foi realizado com base em revisões de literatura, com pesquisas em sites, artigos, livros revistas referência paraa área de estudo, de forma árdua e meticulosa.

**Palavras-chave:** Direito. Sucessão. Herança. Evolução.

**ABSTRACT:** The main objective of this paper is to carry out a study on the evolution of succession law with an emphasis on succession when it causes death. Inheritance law deals with the ways oftransferring rights and obligations as a result of death, as well as ensuring that assets arising from inheritance are divided fairly among the heirs. Inheritance is a right guaranteed by the Federal Constitution of 1988, article 5, item XXX is considered a fundamental right. Given the above, it is possible to conclude that the theme of succession law in the face of social changes is of great relevance for study today, as it deals with not only the individual within the family, but the norm and how it is necessary to adapt to society, in order to avoid future conflicts. The work was carried out based on literature

---

<sup>428</sup> Mestre em Direito docente da UNIFUNEC

reviews, with searches on websites, articles, books and reference magazines for the study area, in an arduous and meticulous way.

**Keywords:** Right. Succession. Heritage. Evolution.

## 1.INTRODUÇÃO

O assunto abordado neste artigo busca explorar e explicar acerca do direito de sucessões de maneira sucinta e objetiva, facilitando a compreensão por parte do leitor. De acordo com o dicionário brasileiro, a palavra "sucessão" está ligada ao fato de suceder-se, tal conceito não é tratado como regra geral, mas somente as específicas de tema jurídico.

O direito de sucessão é tratado como uma das disciplinas do direito civil, portanto, é considerado um direito do ramo privado, o qual busca solucionar conflitos entre as relações particulares. No direito, de forma genérica, a sucessão está mais ligada a titularidade de bens jurídicos materiais, por exemplo, em um contrato de compra e venda, o comprador sucede a titularidade do vendedor, ou seja, a partir do momento da compra (ato) o comprador sucede/substitui o vendedor como novo titular, proprietário do bem negociado. Já de forma específica e voltada para a disciplina a ser estudada, o direito de sucessão está ligado a sucessão causa mortis, em outras palavras, a sucessão decorre em virtude da morte de alguém, por conseguinte, há transmissão de titularidade dos bens deixados pelo falecido, tal ato de transmissão é conhecido popularmente como herança.

É possível afirmar que o direito de sucessão é um dos mais antigos no mundo, pois o ato de transmitir bens após a morte sempre foi presente em diversos países, cada qual com suas tradições e características. Em tempos distantes, a religião e tradição local regia a transmissão dos bens, para determinadas culturas, envelhecer e não agregar bens para deixar para um sucessor era abominável. Ao contrário do que ocorre nos dias atuais, onde grande parte dos negócios jurídicos são celebrados de maneira formal e solene, na época, a transmissão dos bens do falecido era celebrado por cultos preparados pelo próprio sucessor. Como se sabe, antigamente a mulher era vista apenas como objeto de reprodução e realização de trabalho doméstico, pois era o homem quem desempenhava todos os papéis importantes na sociedade, por conseguinte, as filhas nem sequer eram consideradas possíveis sucessoras, pois eram criadas para se tornarem esposas de algum homem, a herança era destinada ao filho primogênito varão.

Felizmente a sociedade é mutável, assim como os tempos, e em decorrência das transformações da sociedade e criação de direitos e normas, nos dias atuais a sucessão causa mortis ocorre de maneira justa e solene para com a família do falecido. É

importante destacar que a legislação francesa possui grande influência na legislação brasileira no que tange ao direito de sucessão, em virtude de suas grandes revoluções, principalmente no que se refere a igualdade entre homem e mulher.

## **1.DIREITO DE SUCESSÃO E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JÚRIDICO BRASILEIRO**

Com intuito de elucidar ainda mais acerca do tema, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explica que o direito de sucessão se aplica somente a pessoas físicas, ou seja, não se estende a pessoa jurídica, uma vez que, não possui disposições sobre preceitos estatutários.

Camargo (2018) explica didaticamente um pouco mais sobre o conceito e a matéria tratada pelo direito sucessório:

Direito das Sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, em virtude delei ou testamento. Trata-se de um ramo do Direito Civil, cujas normas regulam a transferência do patrimônio do morto ao herdeiro. Ou seja, o fundamento do Direito Sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família.(CAMARGO,2018)

Cahali (2003, p. 24) apresenta o direito das sucessões como: "O conjunto de regras e princípios jurídicos que regem a passagem de titularidade do patrimônio de alguém que deixade existir aos seus sucessores".

Como já dito o direito de sucessão já vem sendo aplicado há muito tempo, por exemplo, no Código Civil de 1916, havia nos artigos 978 e 1572 previsão sobre os filhos forado casamento, os quais não seriam beneficiados pela herança, caso o pai viesse a falecer, no entanto, a Constituição Federal de 1988 vetou tais artigos, em razão da sua inconstitucionalidade, visto que os mesmos pregavam a discriminação.

A constituição Federal de 88 em seu artigo 5, que prevê sobre os direitos e garantias fundamentais nos incisos XXX e XXXI assegura ao direito de herança e explana a respeito da legislação regente para a sucessão de bens de estrangeiros situados no país.

Após a readequação do Código Civil em 2002, o livro V, título II que tratava sobre a legitimidade, ganhou dois novos artigos, 1.841 e 1.843 os quais buscam estar em

harmonia com os direitos humanos e a Constituição Federal vigente, prezando pela dignidade assegurada a todo ser humano.

## 1.1 Fundamentos do direito das sucessões

Para compreender as diretrizes da sucessão é importante conhecer suas bases, os fatos que originaram a sucessão que conhecemos nos dias atuais. Apesar de existir diversas ideologias e doutrinas a respeito, existem aquelas que são consideradas mais importante para o desenvolvimento do direito das sucessões.

O primeiro fundamento surgiu da ordem socialista, no início do século XX, a teoria da época afirmava que a herança representava o mal para a sociedade, pois instigava a desigualdade social e a pobreza, uma vez que, os bens adquiridos após o advento da morte não eram oriundos de qualquer mérito. Sendo assim, a herança deveria ser da sociedade como um todo, e não dirigida aos membros da família do falecido, a sociedade era merecedora dos bens, visto que foi ela quem prestou serviços ao indivíduo. Por fim, tal fundamento caiu por terra em virtude de sua utopia.

Em contradição, o segundo fundamento, prega a ordem patrimonial e familiar. Diferente do fundamento acima, este defende a ideia de que o patrimônio adquirido pelo falecido deve ser gerenciado pelo grupo familiar. López y López explica:

A matéria da sucessão causa mortis está estritamente aos temas da propriedade e, [...], da família. É certo que o problema da continuidade das relações jurídicas, que é o que se põe como o essencial para solucionar quando ocorre o falecimento de uma pessoa, em termos abstratos pode ser solucionado sem a referência à propriedade ou à família: poderia se dispor a transferência dos bens vacantes à coletividade, que poderia reter-los como tal, ou deferi-los à outros particulares, sem nenhuma relação de parentesco com aquele que determinou a sucessão. Mas tal solução não corresponde como a tradição histórica, que é bem outra, e com segurança é amparada por atuais ditames constitucionais, [...] (LÓPEZ, 1997).

Em suma, o fundamento da ordem patrimonial e familiar surgiu com o intuito de abominar o fundamento socialista, pois acredita-se que o primeiro era acima de tudo um pensamento utópico e contraditório, pois haveria uma enorme injustiça em repassar a herança para a sociedade como um todo, uma vez que, não haveria mérito de conquista para aqueles beneficiados, enquanto isso, a família era a única legitimada.

Por fim o terceiro fundamento, de ordem econômica e social, preza pela situação financeira do ente do falecido. Luís da Cunha Gonçalves explica:

Certo é que não se pode imprimir a este fundamento outro caráter senão o que tenha fundo econômico. O instituto da sucessão é o complemento necessário do direito de propriedade, conjugado, ou não, com o direito de família. Este último é invocado pela lei, ora para conter em justos limites o exercício do direito de testar, ora para suprir a ausência de vontade do proprietário, de harmonia com os seus sentimentos e instintos naturais e normais. Propriedade que se extingue com a morte do seu titular e não se transmite ao seu sucessor, por sua vontade expressa ou presumida pela lei, não é propriedade; é usufruto vitalício (GONÇALVES, *on-line*)

Desse modo, percebe-se que o fundamento de ordem econômica e social é relativamente parecido com o que temos hoje, influenciado pelo capitalismo a essência é acumular riquezas. O fundamento em análise era fortemente defendido pela legislação francesa em tempos remotos, e como dito anteriormente, a legislação brasileira no que tange ao direito de sucessão sofreu grande influência da França.

## 2. ESPÉCIES DE SUCESSÃO CAUSA MORTIS

Antes de adentrar as espécies de sucessão, é importante ressaltar alguns pontos, por exemplo, no direito de sucessão, aquele que vem a óbito é denominado autor da herança, enquanto seu sucessor, o herdeiro. É comum mencionar a palavra “herança” e parte da sociedade leiga ser induzida a pensar em bens, mas a herança não se resume apenas em riquezas. Herança é o conjunto de direitos e obrigações deixados pelo falecido, são bens patrimoniais ou até mesmo dívidas.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2008) explica que: “a herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis.”

No que tange as dívidas, em suma, recaem sobre o patrimônio deixado pelo autor da herança, e devem ser pagas o quanto antes, caso o valor da dívida ultrapasse o valor dos bens deixados, o herdeiro deverá solicitar um inventário negativo, a fim de demonstrar a insuficiência de bens para quitar a dívida, é importante destacar que, em hipótese alguma a dívida será transferida ao herdeiro.

O advogado especializado em Direito Empresarial e Contratual, Dr. Murilo Lemes, explica um pouco sobre o processo de quitação das dívidas deixadas pelo falecido:

O espólio deve ser partilhado entre todos os herdeiros por meio do inventário, sendo representado pelo inventariante, pessoa responsável por administrar a herança durante o procedimento de inventário até a efetiva partilha dos bens. Eventuais dívidas deixadas pelo de cujus devem ser pagas por meio de recursos do próprio espólio, até o limite deste. Quitadas as dívidas, o saldo restante, se existente, será partilhado entre os herdeiros. Se a cobrança da dívida for posterior à partilha cada herdeiro responde proporcionalmente ao quinhão que lhe cabe, até o limite da herança recebida. (art. 1.997 do Código Civil e art. 796 do Código de Processo Civil) Assim, não existe herança de dívida. O herdeiro não responde com seus próprios bens por dívidas deixadas pela pessoa falecida. (LEMES, 2017)

Para finalizar os pontos a serem ressaltados, o recebimento da herança não é considerado compulsório, ou seja, o herdeiro tem o direito de renunciar a herança. Para confirmar tal ato, é necessário o lavramento de um instrumento público ou termo judicial expressando a vontade do herdeiro, não existe renúncia parcial, sempre será total, uma vez renunciada a herança a parte não poderá se retratar no futuro. Araújo (2018) elucida:

Sendo assim existem dois tipos de sucessão que é a pela morte quando a totalidade de bens ou patrimônio é transferida para os herdeiros do de cujus sendo assim a sucessão hereditária tendo assim o que chamamos de herança, já a sucessão entre vivos no direito hereditário é feita mediante testamento onde o testador expressa sua última vontade deixando expresso um bem para uma determinada pessoa. (ARAÚJO, 2018).

Existem dois tipos de sucessão por causa mortis, a testamentária e a legítima. A primeira, trata-se da vontade do autor da herança expressa em vida, já a segunda, dá-se por lei é mais comum nos tempos atuais.

## **2.1 Da sucessão testamentária**



Como dito acima, a sucessão testamentária é última vontade do autor da herança, no entanto, apesar do testamento ser um instrumento de ato personalíssimo, há algumas previsões e limitações previstas em lei para confecção do testamento. O artigo 1.846 do CC dispõe sobre os herdeiros necessários, aqueles que possuem direito de metade dos bens do falecido, independente de sua vontade, sendo eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil. (GONÇALVES, 2008)

Seguindo o raciocínio, quando na ausência de herdeiros necessários, o autor da herança terá liberdade de testar, podendo dispor da totalidade de seus bens para quem entender. Ressalta-se que, o testamento que estiver conforme as previsões dos artigos 1.851 a 1.861 do Código Civil prevalecerá sobre a sucessão legítima.

## 2.2 Da sucessão legítima

Como já se presume, a sucessão legítima ou *"ab intestato"* decorre da ausência do instrumento de última vontade deixado pelo autor da herança, o testamento. Prevista nos artigos 1.829 a 1.844 do Código Civil, a legislação busca amparar de forma justa os entes do falecido. Buscando a legitimidade, o Código Civil de 2002 dispõe sobre a ordem de sucessão: descendentes e ascendentes em concorrência com o cônjuge, respectivamente; cônjuge sobrevivente; aos colaterais. Os descendentes são os filhos e netos, enquanto os ascendentes são os pais e avós, lembrando que tanto os ascendentes quanto os descendentes concorrerão com o cônjuge sobrevivente, que será meeiro, e ainda, na ausência dos citados, a herança será destinada aos colaterais, irmãos, sobrinhos e tios.

Dower (2004, p.15) explicando um pouco sobre como ocorre a sucessão legítima: Sucessão Legítima ocorre quando alguém, antes de morrer, não deixa testamento sobre o destino de seus bens. Dá-se, portanto, quando o falecido não dispõe de seus bens,

deixando à própria lei a determinação de como eles devem ser deferidos. Enfim, é a lei que prescreve as preferências que devem prevalecer entre os parentes que deverão herdar os bens deixados pelo decujus, passando o patrimônio deste às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária.(Dower, 2004)

Há algumas pontuações a serem esclarecidas quanto ao cônjuge sobrevivente, pois pode haver alterações em razão do regime de casamento. Na separação total de bens, o cônjuge sobrevivente não será meeiro e nem herdeiro, apenas terá direito real a habitação; no regime de comunhão parcial o cônjuge é meeiro a partir dos bens adquiridos na união, e herdeiro da parcela de bens particulares, bem como possui direito real a habitação; já na comunhão universal o cônjuge não é herdeiro, mas é meeiro de tudo que adquiriram como casal, bem como dos bens adquiridos antes do casamento, também possui direito real a habitação.

Quanto a união estável, o companheiro (a) concorrerá aos bens adquiridos na vigência da união estável, e terá direito as mesmas parcelas que os descendentes e ascendentes, concorrendo com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço, e na ausência de todos os mencionados acima, será beneficiária de toda a herança deixada.

### **3. ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA**

#### **3.1 Aceitação**

No que tange a aceitação, constitui como ato unilateral, uma vez que o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida. Lopera (2014), explana:

Trata-se de uma confirmação, vez que a aquisição dos direitos sucessórios não depende de aceitação. Desarte, traduz anuência do beneficiário em recebê-la, já que ninguém será herdeiro contra sua vontade, concedendo a lei a faculdade de deliberar a aceitação ou não da herança transmitida.

A legislação também prevê sobre a aceitação da herança, em seu artigo n. 1804 do Código Civil, explicando que após feita a aceitação, torna-se definitiva a transmissão ao herdeiro. Inicia-se o processo de aceitação da herança após a intimação dos herdeiros, os quais devem aceitar a herança de forma expressa, tácita ou presumida.

Conforme o artigo 1.805 CC, a aceitação expressa: “É aquela que se resulta de declaração escrita, pública ou particular, do herdeiro manifestando seu desejo de receber a herança.”

Já a aceitação tácita é aquela em que o apesar de não fazer de forma formal, o indivíduo passa a se comportar como um, assumindo seus atos de herdeiro. Por exemplos, quando o indivíduo a ser beneficiado pela herança constitui um advogado para orientação e representação no processo de inventário.

No entanto, o código civil coloca limitação à aceitação tácita, esclarecendo que os atos officiosos da morte (funeral e guarda, administração, conservação provisória de bens), bem como a cessão gratuita, pura e simples aos demais coerdeiros, não são aceitação tácita. É entendido, assim, que aceitação e logo em seguida a renúncia em favor de determinada pessoa é ato de cessão ou doação, sendo atingida por imposto (ITBI), naquela. (LAPERA, 2014)

A aceitação presumida ocorre na ausência de qualquer manifestação do herdeiro, dentro do prazo de 30 dias, requerido por algum interessado ao juiz, após 20 dias da abertura da sucessão, para pronunciar-se. O artigo 1.807 do CC, explica: “O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável não maior de trinta dias, para nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita”.

### **3.2 Renúncia**

Conforme o artigo 1.806 prevê, a renúncia constitui o ato unilateral expresso onde o herdeiro, através de instrumento público ou termo judicial renuncia a herança. No momento da recusa, o herdeiro deixa de receber qualquer que seja o benefício deixado pelo falecido, possuindo efeito “ex tunc”.

Mais uma vez Lapera elucida:

A renúncia bem como a aceitação é irrevogável, sendo definitiva e produzindo os efeitos jurídicos desde que o herdeiro torna-se renunciante. No entanto, também como a aceitação pode ser anulada, se verificada vício de consentimento por erro, dolo ou coação, com fulcro no artigo 171, II do código civil. (LAPERA, 2014)

Para que de fato ocorra a renúncia é necessário que alguns requisitos sejam checados, sendo eles: Capacidade jurídica do renunciante, Inadmissibilidade de condição ou termo, Forma prescrita em lei, não realização de ato equivalente à aceitação, Impossibilidade de repúdio parcial da herança, Objeto lícito, Aberta a sucessão.

Resumidamente, os incapazes somente poderão renunciar herança através do representante legal, previamente autorizado pelo juiz. A renúncia deverá ocorrer de maneira expressa, ou seja, ao contrário da aceitação, não existe renúncia tácita ou presumida. A herança quando renunciada será em sua totalidade, não se admitindo renúncia parcial, por fim, a sucessão será aberta quando nascer o direito ao herdeiro, ou seja, após a morte do autordo espólio.

#### **4. DIREITO SUCESSORIO PERANTE A HERANÇA DIGITAL**

Desde a instauração do processo da globalização a população busca se adequar cada dia mais a tecnologia, uma vez que, tal circunstância torna a vida mais cômoda, mais prática. As redes sociais são utilizadas diariamente por bilhões de pessoas no mundo, a empresa Facebook registra em média mais de 1.6 bilhões de acesso por dia, onde o usuário gasta ao menos 35 minutos do seu dia em seu perfil digital, e não é só isso, são vários outros aplicativos de comunicação como os e-mail, ou serviços de streaming de filmes e series, serviços de transporte como Uber dentre tantos outros.

Lima (2013) explica um pouco sobre a valoração da herança digital deixada:

O patrimônio digital deixado pelo falecido pode representar um valor econômico de tal maneira que venha a interferir na legítima reservada aos herdeiros necessários, isto é, pode significar mais de 50% de todo o patrimônio. Assim, sendo o de cujus dono de um grande site na internet, por exemplo, site este que continua gerando lucro mesmo após a sua morte, estes valores podem representar mais da metade de todo o patrimônio deixado, ficando os herdeiros necessários prejudicados em seu direito à legítima. (LIMA, 2013)

A herança digital para a maioria dos doutrinadores nada mais é do que um conjunto de materiais e conteúdos digitais, tais conteúdos podem ter valores sentimentais como fotos e artigos, ou ainda, valores econômicos, como contas de serviços vitalícios. Santos (2014) explica um pouco sobre a herança digital:

A herança digital é definida como um aglomerado de ativos digitais, ou seja, email, contas de mídias sociais, fotos, vídeos, arquivos em formatos eletrônicos, que são peças importantes na atualidade, na denominada vida digital. A herança digital também pode ser um local onde as heranças futuras, por exemplo, filmes de festas, fotos familiares, se encontrem armazenadas em alguma mídia digital. Mas ainda não é definido ainda se esse formato de bens digitais, que se encontrem armazenados em mídias digitais, possam ser sucessivos ou destinados aos seus familiares, caso o proprietário venha a falecer. (SANTOS, 2014)

Como bem esclarecido por Santos, a herança digital não é algo tão simples, pois não há legislação específica acerca do tema, é importante que os herdeiros tenham consciência e busquem acima de tudo, respeitar os princípios daquele que faleceu. E quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, enquanto não há uma legislação específica, resta utilizar-se ao máximo das analogias, afinal, a herança digital também é um bem jurídico a ser protegido.

#### **4.1 Da legislação brasileira**

Infelizmente o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta nenhuma novidade sobre a herança digital, portanto, o acervo digital do falecido somente será acessado por seus familiares se expressado como vontade pelo falecido em testamento, caso contrário, se perderá.

No entanto, como se pode imaginar, a falta de legislação competente causa transtornos e problemas para o ordenamento, que precisa lidar com situações atípicas com mais frequência do que se possa imaginar.

Enquanto o Código Civil não é atualizado, criou-se alguns projetos de lei com a intenção de sanar os problemas enfrentados. O projeto de Lei 4.099/2012 traz algumas sugestões de alterações futuras. Sobre a herança digital o capítulo II-A prevê:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I – Definir o destino das contas do falecido;

a) transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) apagar todos os dados do usuário ou;

c) remover a conta do antigo usuário. (BRASIL, 2012)

Por conseguinte, mais tarde outro PL importante, Projeto de Lei n.º 7.742/2017, a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, e formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de detalhes dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação de óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deve gerenciá-la. (BRASIL, 2017).



Salienta-se ainda que, em 2013 foram apresentadas inúmeras petições para que contas de entes queridos fossem excluídas, como facebook, whatsapp, instagram dentre outras redes sociais. Outra opção que vem se tornando cada vez mais popular, é o “ *Holding* ” familiar, que se trata de uma estratégia jurídica para segurança patrimonial seja ela física ou digital, com a holding é possível realizar um planejamento sucessório, garantir que os bens e negócios permaneçam no núcleo familiar e obter uma grande diminuição na carga tributária.

## 5. CONCLUSÃO

A partir das informações apresentadas ao longo deste trabalho conclui-se que o direito sucessório causa mortis sempre esteve presente na sociedade, está enraizado nas tradições familiares, a qual busca prosperar e enriquecer-se para quando falecer deixar um legado para as próximas gerações.

O direito sucessório é a garantia daquele indivíduo que trabalha a vida toda para deixar um patrimônio para os filhos, é a garantia do desejo, da vontade mesmo após a morte de ajudar um ente querido, o direito sucessório faz parte das ramificações da família.

À vista disso, e como supramencionado, a herança digital é algo a ser considerado e regulamentado, se pautando no direito fundamental da herança e como observância aos direitos personalíssimos, haja vista a sua extensão post mortem. Dito isso, deve-se ter uma ponderação na tentativa de possibilitar a herança digital, assegurando o direito sucessório em proteção ao direito da personalidade do de cujus. Por fim resta ao ordenamento jurídico brasileiro acompanhar as mudanças da sociedade e se aperfeiçoar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Galvão de. **Código Civil Comentado: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDRADE, Vasco de. **Condição jurídica e social da “companheira”**. São Paulo: Arquivos do Instituto de Direito Social. 1943.

BACOVIS, Júlio César. **União Estável: Conversão em casamento & alimentos entre conviventes**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Projeto Legislativo nº 4847, de 12 de dezembro de 2012. Visa acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. Marçal Filho, 2012. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396). Acesso em: 03 novembro de 2021.

BRASIL. **Secretaria de Estado da Casa Civil – Casa Civil**. Disponível em:

<<http://rj.gov.br/web/casacivil/exiceconteudo?article-id=195999>. Acesso em: 05/08/2020 CAHALI, F. J., **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo, p. 28, 2003.

CAHALI, Francisco José. União Estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável**. São Paulo: Saraiva, 2003. COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e prof. Vicente Ráo.

São Paulo: Max Limonad. v. 9, tomo 2.

DÍAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, Vol. 5. 18ª Ed. São Paulo Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

GAMA, R. **Dicionário Básico Jurídico**. Editora Russel. Campinas, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. v. 07, São Paulo: Saraiva, 2007.

LAPERA, Manuela Anovazzi. **Da aceitação e renúncia da herança** Direitonet. 2014. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8736/Da-aceitacao-e-renuncia-da-heranca> > Acesso em 15 de novembro de 2021.

LEMES, Murilo. **Quem paga pelas dívidas do falecido?** Jusbrasil. 2017. Disponível em: < <https://murilolemes.jusbrasil.com.br/artigos/462616835/quem-paga-pelas-dividas-do-falecido> > Acesso em 15 de novembro de 2021.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil -vol. 5: direito de família edassucessões**, p. 426.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. **La sucesión em general in Derecho Civil (V)** - Derecho de Sucesiones. Coordinador F. Capilla Roncero. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Editora Saraiva, São Paulo, ed 35, v.6, p. 9-10, 2003.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. **Bem digital – natureza e regime jurídico do objeto comercio eletrônico on-line** Conteúdo Jurídico. Brasília-DF. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-e-regime-juridico-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line> >. Acesso em: 10/08/2020.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Os fundamentos do direito das sucessões. **Colégio registral rs**. 2008. Disponível em: < [https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/os-fundamentos-do-direito-das-sucessoes/#:~:text=9\)%3A%20%E2%80%9C%20direito%20das,%C3%A9%20um%20a%20spe%20dessa%20rela%C3%A7%C3%B5es.>](https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/os-fundamentos-do-direito-das-sucessoes/#:~:text=9)%3A%20%E2%80%9C%20direito%20das,%C3%A9%20um%20a%20spe%20dessa%20rela%C3%A7%C3%B5es.>) . Acesso em: 10/08/2020.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989, p. 407